

UNIVERSITÉ DE PARIS - FACULTÉ DE DROIT

Les
Problèmes Fondamentaux
du
Droit International Public

THÈSE POUR LE DOCTORAT EN DROIT

Présentée et soutenue le Jeudi 6 Juin 1929, à 2 heures

PAR

Benjamin AKZIN

Docteur ès-sciences politiques de l'Université de Vienne

JURY :

Président : M. GEOUFFRE DE LAPRADELLE, Professeur

Suffragants { MM. BASDEVANT, Professeur
BARTHÉLEMY, Professeur

PARIS
LES ÉDITIONS INTERNATIONALES

4 bis, Rue des Ecoles

1929

Droits de traduction et de reproduction réservés



Digitized by the Internet Archive
in 2026

THÈSE POUR LE DOCTORAT

UNIVERSITEIT ON BINA - FACULTEIT DE RECHT

Problemes Fondamentaux du Droit International Public

THÈSE POUR LE DOCTORAT EN DROIT

présentée et soutenue par M. J. VAN DER WOUDE

Président du Jury : M. VAN DER WOUDE

Membres du Jury : M. VAN DER WOUDE, M. VAN DER WOUDE, M. VAN DER WOUDE

1920

Imprimé par M. VAN DER WOUDE, à Leiden

Reçu par M. VAN DER WOUDE, à Leiden

Le 10 Mars 1920



THE UNIVERSITY OF LEIDEN

Library of the University of Leiden

1920

Reçu par M. VAN DER WOUDE, à Leiden

A MES MAITRES

HANS KELSEN,

Professeur à l'Université de Vienne

ALBERT GEOUFFRE DE LAPRADELLE,

Professeur à l'Université de Paris

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

PRÉFACE

La majorité des défauts de cette étude proviennent sans doute de ce que l'auteur n'était pas capable de les éliminer. Il est dès lors impossible de les justifier. La demande d'indulgence serait excessive. Le lecteur est invité à critiquer aussi hardiment que possible. C'est toujours la critique des doctrines défectueuses qui amène à la création d'une doctrine plus avancée, plus proche de la vérité.

Mais l'auteur est conscient de trois défauts de cette monographie, dont la responsabilité incombe au sujet traité :

Le premier est celui d'un exposé trop restreint. Le droit international moderne est tellement développé, il couvre des domaines tellement variés et multiples, qu'il doit paraître audacieux de publier un maigre volume, en trois chapitres seulement, sous un titre aussi général. Cependant il s'agit ici seulement des problèmes qui sont, dans le vrai sens du mot, *fondamentaux* pour la construction de notre discipline.

Un autre défaut est le manque d'un système. L'auteur s'en excuse, aussi bien que des répétitions fréquentes dans le texte, mais renvoie au titre : « Problèmes.... » L'ouvrage ne prétend pas offrir un système ; il se borne à poser une question. Cette question est toutefois éclairée par un point de vue doctrinal.

Le dernier défaut concerne les excursions, peut-être trop fréquentes dans le domaine de la théorie générale du droit, Elles ralentissent l'exposé, mais s'imposent dans un ouvrage

qui tend à rattacher le droit international aux autres branches du droit positif.

Sur ces trois points l'indulgence du lecteur sera accueillie avec reconnaissance.

★
★★

L'ouvrage donnera l'impression d'être trop théorique, même scolastique. Cependant l'intention de l'auteur est de contribuer à la connaissance du droit international positif, tel qu'il se manifeste dans la politique internationale des Etats. On n'accusera pas l'auteur d'avoir justifié ce qu'il y a dans cette politique d'immoral. Mais indépendamment de nos sentiments envers la réalité juridique internationale, que nous allions la justifier ou que nous allions la combattre, il faut la fixer, sans retouche, dans la forme d'une théorie — de la théorie du droit international positif. Puisse cet essai servir à ce but.

★
★★

La reconnaissance la plus profonde est dûe de la part de l'auteur à son maître, Monsieur A. de Lapradelle. Les études qu'il a pu poursuivre sous la direction personnelle de M. de Lapradelle lui ont fourni la double occasion d'être témoin des recherches d'un grand savant et de posséder la bienveillance d'une grande âme. Lors du minutieux examen critique du présent volume, auquel M. de Lapradelle s'est dévoué avec un soin plus qu'imaginable, et de l'aide extraordinaire qu'il lui a apportée lors de la publication, l'auteur n'a pu que constater toute l'admiration qu'il a pour son maître et ami.

Paris, mai 1929.

§ 1. — INTRODUCTION

Cette étude se réclame de l'école positiviste, formaliste. Un *odium* couvre de nos jours le positivisme juridique ; il paraît, dès lors, utile d'expliquer notre *credo* doctrinal.

Un fait se trouve à la base des phénomènes du droit — c'est la coexistence des individus dans le temps et dans l'espace, donc le caractère absolument inévitable des relations sociales entre eux. Avec les relations est né le besoin de les régler.

Cette nécessité sociale d'un règlement des relations humaines a été sanctionnée par la morale, la capacité d'évaluation immanente à la conscience individuelle. La morale a justifié l'existence du droit, elle l'a reconnu comme une valeur. Ainsi est née l'idée de droit, qui est à la fois élément de l'état social et produit de la conscience individuelle, ayant valeur en vertu de l'autorité exercée par la morale. Il importe, maintenant, de saisir le procédé par lequel cette idée — pure forme — s'est remplie d'un contenu susceptible d'influencer effectivement la vie sociale.

On parle de la raison lorsqu'on a en vue la faculté qu'a l'homme d'envisager ses idées. La raison de chaque individu est influencée par plusieurs données psychiques tantôt communes, tantôt différentes. Ainsi s'explique que les produits de la raison, les raisonnements, ne présentent pas toujours le même contenu, mais différent souvent chez les hommes.

La question reste ouverte de savoir si, partant de données absolument identiques, la raison de tous les individus parviendrait aux mêmes résultats. Vu l'identité des règles de la logique auxquelles tout raisonnement est présumé se conformer, ceci semble fort vraisemblable. Mais au cours de toute l'histoire de l'humanité, ce phénomène ne s'est pas encore produit, fût-ce une seule fois. Il n'est aucun point, envisagé par la

raison humaine, sur lequel n'existent au moins deux opinions divergentes. C'est que les raisons individuelles forment une unité inséparable de l'ensemble des données physiques et psychiques de leurs auteurs, et celles-là sont nécessairement différentes.

Il en est de même quant à la question du règlement des relations humaines. Même l'idée fondamentale de la nécessité d'un règlement quelconque n'était pas admise par tous les individus. Certains esprits ont préféré la lutte illimitée qui donne toutes les chances au fort. Formellement on peut aussi voir une tendance à la réglementation dans cette conception, mais le règlement en question aurait un contenu tout négatif : il consisterait dans la maxime que la collectivité ne doit aucunement intervenir dans la lutte entre les individus. C'est tout simplement la conséquence de l'individualisme extrême.

D'autres conceptions moins rigoureuses ont toutefois contesté la « justice » de l'intervention de la collectivité dans un domaine ou dans l'autre. C'est ainsi que s'expliquent le libéralisme économique et d'autres doctrines analogues.

Cependant, l'écrasante majorité des individus semble tenir à un règlement positif des relations humaines. La preuve en est la forme sociale, organisée, de l'humanité. Seulement, comment concilier un règlement, *uniforme* par la définition même, avec la *diversité* des conceptions individuelles sur le contenu de ce règlement ?

Chaque raison individuelle pose des règles. Certaines d'entre elles sont justifiées par la morale individuelle. Nous disons d'elles que ces règles sont conformes à la conception personnelle de la justice. D'autres règles manquent de cet appui. Elles sont basées uniquement sur la *force* de leur auteur tandis que les premières sont investies dans sa conscience d'une validité morale. Elles constituent son Code de « droit », qui lui semble « rationnel » — puisqu'il dérive de sa raison, et « naturel » — puisqu'il est conforme à sa nature.

Quel est donc le champ de l'efficacité de ces règles individuelles ? Quant à celles dépourvues de tout fondement moral, de toute conviction de leur conformité à la justice, elles

sont efficaces dans les limites de la force de leur auteur. Cette base unique reste leur seul support. Ceci constaté, elles ne doivent pas nous intéresser davantage. Elles varient selon le jeu des forces et n'entrent pas en considération lorsqu'il s'agit du droit.

La ligne de démarcation, entre les règles de pure force et celles qui prétendent à une qualité juridique, est formée par la catégorie de la *bona fides*, construite par les juristes romains. Tout ce qu'un individu fait avec la bonne foi, il le fait en conséquence de sa conception subjective de droit.

L'efficacité de ces règles individuelles, basées sur la « conviction juridique » de leur auteur, trouve sa sanction dans le même principe de la force, puisque c'est par la force que l'auteur en assure l'observation par d'autres individus. Cependant, un autre élément de leur effectivité consiste dans l'extension de la conception juridique dont elles sont le produit. La conviction de la valeur morale d'une règle contribue, en effet, à son observation en fait.

Nous avons donc devant nous la grande catégorie des règles individuelles, qui correspondent aux convictions juridiques personnelles et prétendent, dès lors, à une valeur juridique objective. Ayant sa base dans la raison humaine, chacune d'elles apparaît comme une règle de droit naturel par excellence. Dérivée de l'autorité autonome de la morale, elle apparaît comme une valeur indiscutable. Nous voyons ainsi que le *droit naturel* n'est pas autre chose que la *morale appliquée aux relations humaines*. Mais sitôt qu'il s'agit d'appliquer cette règle à un autre individu qui ne partage pas la même conviction juridique — la règle perd son caractère « naturel » et cela pour la simple raison que la morale personnelle de cet autre individu ne la justifie pas. Dans cette hypothèse l'autorité où la règle puise sa validité n'est plus une autorité autonome », mais se trouve être, bien au contraire, « hétéronome ». Au lieu de rester une règle de la morale ou du droit naturel — comme elle l'était pour son auteur et comme elle le serait pour tout homme partageant les mêmes convictions juridiques — elle se présente comme imposée par

la force. Les théoriciens du droit, tout en ayant raison d'insister sur le caractère hétéronome du droit, oublient cependant qu'ils creusent, par là, un fossé infranchissable entre le droit positif d'une part, et la morale et le droit naturel de l'autre ; à moins que nous ne recourrions à l'évidente fiction d'après laquelle la seule règle de droit naturel consisterait dans la confirmation générale et préalable de toute règle imposée par la société aux individus, l'essence même du droit naturel doit consister dans le refus catégorique de reconnaître la validité de toute règle qui ne serait conforme à la conviction personnelle, subjective, de la justice.

En présence de plusieurs conceptions juridiques, toutes « naturelles » et « rationnelles » et cependant divergentes, que fera la *société* ? Il n'y a que deux hypothèses possibles : ou bien qu'elle laisse chacun vivre d'après sa propre conviction, ou qu'elle *impose* à tous ses membres une certaine conception déterminée. Si l'on adopte entièrement la première solution, alors la « société » proprement dite n'existe plus ; aucune *norme* générale n'établit une unité entre les individus, aucun *ordre* social n'est constitué. Ce qui reste de la « société », c'est le seul fait naturel de la coexistence des individus dans le temps et dans l'espace. On arriverait par là à la situation imaginée par les auteurs du XVIII^e siècle comme ayant précédé le contrat social, c'est-à-dire — l'état du *bellum omnium contra omnes*. — Cependant nous ne devons pas être trop effrayés de cet épouvantail pour la simple raison qu'il n'a jamais pu se réaliser. L'ordre social a le même âge que la conscience humaine. Aucune communauté primitive que nous sachions n'a pu lui échapper, non plus que les constructions les plus « avancées » de l'anarchisme. Le caractère inévitable de la *vie sociale* a toujours imposé, et toujours imposera, la *règle sociale*.

Certes, le règlement social autoritaire n'embrasse pas la totalité des relations humaines. Le reste — d'ailleurs très considérable — est exclusivement dominé par la morale ou, plus précisément, par le droit naturel. Même les matières réglées socialement (par le droit, la religion, la courtoisie) se

trouvent concurremment influencées par des convictions individuelles variables, mais le droit positif ne les reconnaît pas comme sources juridiques formelles. Il renvoie seulement quelquefois au droit naturel, en l'impliquant de cette façon dans le système de droit positif. C'est ainsi que la « bonne foi » et « l'équité » sont souvent exigées par le droit en vigueur, mais c'est seulement en vertu de cette *exigence* qu'elles ont validité au point de vue du droit positif, et non à cause de la *justice* de ces principes.

En s'appuyant sur diverses conceptions individuelles, la société a formé une conception déterminée, plus ou moins rattachée à ses bases, qu'elle a imposé à la totalité de ses membres. On discutera la question de savoir si cette conception peut être caractérisée de « naturelle » ou non. Les représentants de l'école historique, qui partent de la notion du groupement social par opposition à celle de l'individu isolé, qualifieront ce droit de naturel s'il s'est formé historiquement par un long usage ; ils lui contesteront ce titre en cas de la création de droit par un procédé « artificiel ». D'autre part on pourrait affirmer que la « naturalité » d'une idée est un phénomène purement subjectif et suppose l'identification de l'individu concerné avec le *contenu* de l'idée. Le grave problème de ce qui est plus « naturel », ce qui émane d'un seul cerveau ou ce que présente un compromis entre plusieurs cerveaux, peut être laissé paisiblement à l'écart. Ce qui importe c'est le point que, si nous n'admettons pas que chacun vive d'après sa conception juridique individuelle, nous *devons* nécessairement parvenir à un ordre commun, établi pour la société toute entière. Et puisque la collectivité ne dispose pas d'un appareil analogue au cerveau humain, qui pourrait déterminer d'une façon « naturelle » les règles du droit à observer, cette fixation doit s'effectuer par un procédé plus ou moins « artificiel », c'est-à-dire par son imposition même aux individus qui ne le trouvent pas conforme à leur nature. On peut seulement discuter la question de savoir quel procédé artificiel donnera les résultats les plus proches à l'état rationnel : en ce sens on peut préférer tantôt la force, tantôt le prin-

cipe démocratique ou aristocratique, tantôt la doctrine pure etc., mais toujours restera-t-on soumis à la nécessité de reconnaître le produit d'un procédé artificiel quelconque comme règle du droit en vigueur. La question de la conformité du droit social à la nature restera, en fin de compte, dépendante du goût individuel, car *il n'existe pas, et il ne peut pas exister d'autres moyens de reconnaître la conformité d'une idée à la nature, que son examen par la conscience individuelle.*

Ainsi, indépendamment de la question de la conformité du droit social avec le contenu du droit naturel, la source de la validité du premier système doit être cherchée dans un autre domaine. Le moment décisif en est notamment son imposition dans la société. Chacun peut *poser* une règle à validité individuelle, mais seule la règle qui réussit à *s'imposer* dans une société a une validité *sociale*. Alors le titre qui fournit à une règle une validité juridique dans une société quelconque se trouve être *l'imposition* réelle aux personnes qui vivent dans cette société. Voilà la portée de l'expression « droit positif » dans son sens le plus large.

Dans la société contemporaine une autorité s'est établie à laquelle est passé le monopole de la création des règles de droit positif — l'Etat. En effet, la société d'aujourd'hui vit juridiquement dans le domaine fixé par l'Etat. Un acte est licite ou ne l'est pas d'après ce qu'il est conforme ou contraire aux règles prescrites par l'Etat. Certes, plusieurs conceptions exercent une influence assez considérable sur la conduite humaine ; elles lui attribuent, au surplus, une valeur divergente de celle que cette conduite reçoit de la part du droit étatique. Ces conceptions ne sont non plus toujours purement individuelles, mais se présentent souvent comme systèmes sociaux à base politique ou religieuse. Mais en tant qu'elles ne sont pas reconnues, c'est-à-dire validées, par le droit étatique, ces conceptions ne sont pas considérées par l'Etat, cette forme principale de l'organisation de la société moderne, comme étant en vigueur. Un individu qui transgresserait une règle de droit étatique par un fait ou par une abstention, ne saurait jamais être acquitté aux yeux de l'ordre étatique, c'est-à-dire

— du droit positif, en se prévalant des règles de sa morale individuelle ou de sa communauté sociale ou religieuse.

En tant qu'une telle règle, émanée d'un ordre extra-étatique, tient à être prise en considération dans le système juridique de l'Etat, elle doit, d'une manière ou d'autre, être reconnue par lui. Cette reconnaissance veut dire que c'est l'Etat qui lui attribue valeur positive au dedans de son système spécifique, que c'est dans les limites de la reconnaissance que la règle devient règle juridique, qu'elle entre dans l'ensemble de l'ordre étatique en qualité de partie subordonnée.

La conception, qui a reçu consécration officielle de la part de l'Etat et est devenue ainsi le droit positif, peut certes différer des autres conceptions. Ce qui est prescrit comme juste par le droit positif (car, bien entendu, c'est toujours en se basant sur la notion de la *justice* qu'une règle juridique est prétendue, quel qu'en soit le créateur), peut être proscrit comme injuste par une autre conception juridique. Néanmoins la règle étatique devra être considérée comme droit en vigueur (1).

C'est la vie sociale conçue comme ordre qui nécessite la création d'un système juridique unifié. La question des modes de la création de ce système se résoudrait facilement, si un *consensus omnium* pouvait se réaliser. Il n'est pas de notre tâche de montrer les chances et les obstacles d'une telle entente générale, mais il faut souligner le fait, incontestablement admis, qu'il peut exister un droit positif même au cas de l'absence d'un tel *consensus*. C'est même le cas le plus fréquent, et l'Etat, l'organisation de droit par excellence, est généralement défini comme *ordre coercitif*. La coercition, la force, apparaît ainsi comme élément essentiel de l'ordre juridique tout entier, comme il l'est encore plus clairement dans une de ses branches — le droit pénal, où le droit suppose même une volonté contraire qu'il s'agit de vaincre.

(1) Ainsi Lawrence, *The principles of international law*, VII. éd., 1923, p. 12 : « The rules, and the principles on which they rest, may be morally good or morally bad. We may approve them, or we may disapprove. But if they determine the conduct of governments in relation to one another, if they define the rights and set forth the obligations of states, they are International Law ».

Si l'entente *unanime* sur le contenu du droit apparaît ainsi comme une chimère, une autorité *partielle* quelconque doit être reconnue comme ayant la compétence de dire ce qui est droit et ce qui ne l'est pas. Le cas où ces règles pourraient contredire certaines convictions personnelles est infiniment moins grave que celui qui n'établirait aucune autorité et, en aggravant davantage les conflits des opinions individuelles l'une contre l'autre, y ajouterait encore l'incertitude et l'insécurité absolues. La « société en état de nature » caractérisée par le *bellum omnium hominum contra omnes* se trouverait complétée par le « droit naturel » — une sorte de *bellum omnium convictionum contra omnes*. Une autorité superposée aux individus et à leurs convictions « naturelles et rationnelles » doit intervenir pour constituer la société positive et le droit positif.

Le droit positif, si cruellement formaliste, est en vérité la seule défense de la communauté, de l'esprit objectif, contre les flots du subjectivisme excessif et radical. C'est l'arme de l'ordre contre l'anarchie.

Cependant, un reproche a été récemment formulé qui doit appeler toute notre attention : « Partout nous voyons les positivistes se réserver le droit de critique à l'égard des règles du droit positif — au nom de quel principe supérieur ? — et faire appel à la justice, au moins comme une source subsidiaire du droit » ; — déclare M. Le Fur, le savant théoricien français (1) — « ...les positivistes sont amenés fatalement à sortir du pur fait, à faire appel, non plus à ce qui est, mais à ce qui devrait être, par exemple au sentiment de la justice, considéré comme un idéal à suivre, même à l'encontre du fait ; c'est-à-dire qu'ils tombent dans une contradiction flagrante avec leur principe fondamental. » (2) En ce qui concerne le primitivisme juridique consacrant comme règle en vigueur tout fait existant, nous n'avons rien de commun avec lui. Une telle conception humilierait l'idée même de droit qui consiste dans un principe volontaire régissant les faits,

(1) Le Fur, *Le droit naturel et le droit rationnel ou scientifique*, dans la *Revue de droit international*, 1927, p. 697.

(2) *Ibid.* loco p. 695 et suiv.

et non dans un registre de ces faits. Notre positivisme, loin d'exiger l'identité de la règle avec la matière à régler — ce qui serait une absurdité — exige seulement la conformité de toute règle concrète avec l'idée fondamentale d'un *ordre*, d'une société ordonnée, ce qui amène la nécessité d'une *source unique*, d'une autorité déterminée, ne donnant pas lieu à des doutes sur le point à savoir, si une règle est ou n'est pas de de droit (1).

En effet, quelle est l'attitude du positivisme juridique ainsi compris envers la justice ? Trois hypothèses doivent pratiquement être distinguées.

Prenons d'abord la première : si un cas se produit, qui est prévu par une règle de droit positif suffisamment claire et dénuée d'équivoque, toute tentative de supprimer le droit strict, en faisant appel au sentiment de la justice, est intolérable. Elle est, au surplus, même injustifiable si l'on part du point de vue des intérêts généraux : les injustices innombrables qui peuvent ressortir d'un tel affaiblissement du règne du droit sont beaucoup plus périlleuses que ne le serait « l'injustice » prétendue de notre cas spécial. Il faut toutefois remarquer que tous les systèmes juridiques du monde ont introduit un moyen spécifique pour atténuer l'injustice qui, pour l'individu, suit la stricte application du droit — le droit de grâce, réservé au chef d'Etat. Aucune contradiction du droit positif ne peut être vue dans l'exercice de la grâce, puisqu'elle entre formellement dans les cadres des compétences juridiques.

Un autre cas se présente, quand le droit positif fait entrer dans son système quelques considérations de la justice, définie comme telle ou d'une manière analogue (équité etc.), sans fixer le contenu. Dans ce cas l'organe, appelé à appliquer la règle en question, est tenu de consulter sa propre conscience, en tenant compte en même temps de la conviction générale de la communauté, autant qu'elle peut être explorée, et des précédents. Chaque membre de la communauté peut avoir sa propre conviction sur les principes de la justice et

(1) Quant à la relation entre la règle et le fait, voir *infra*, § 2.

a le devoir moral d'appuyer cette conviction. A *fortiori* la doctrine juridique, qui généralement contribue à l'interprétation de règles obscures du droit, peut évoquer telle ou telle exigence de la justice avec une autorité très grande. Le droit positif admet cette activité qui, exercée de bonne foi, ne peut qu'aider la réalisation de la règle prescrivant l'application des principes de la justice. Evidemment ces principes doivent être trouvés avant d'être appliqués.

Les deux hypothèses précédentes fixent la place de la justice dans la *lex lata*. Cette place peut être définie comme ayant une seule limite : le droit. Sans pouvoir engendrer une contradiction avec l'énoncé du droit, les considérations d'ordre moral doivent être toujours observées ; et, vu la difficulté de préciser les exigences de la justice, les jurisconsultes peuvent appuyer les juges et les fonctionnaires administratifs dans cette lourde tâche. — Il n'est pas tout à fait exact de présenter la justice comme « source subsidiaire du droit », parce que la justice, étant une notion à contenu variable et individuel, ne possède pas la certitude et l'unité nécessaire pour constituer une « source ». Ce qui est à retenir, c'est que la morale, et donc la justice, a en effet un rôle *subsidiaire* dans le droit positif. Bien que choquante, cette assertion est cependant la seule possible. Le contraire signifierait qu'en cas de conflit entre l'énoncé du droit et n'importe quelle conviction morale individuelle, le droit serait à sacrifier. Nous reviendrons alors à l'anarchie.

Mais le reproche qui serait le plus grave — s'il était exact — est celui que le positiviste ne devrait jamais critiquer les règles du droit une fois établies. Cela veut dire que le positiviste doit, s'il veut être fidèle à son point de départ, appuyer une stagnation perpétuelle du droit, qu'il doit combattre tout progrès social et juridique. Reproche grave, mais heureusement dénué de tout fondement. L'application de la *lex lata* est un domaine tout distinct de la fixation de la *lex ferenda*. Pour accomplir cette dernière tâche, une critique du droit existant est non seulement licite, mais même nécessaire. Et quant au « principe supérieur » au

nom duquel la critique ainsi que la création d'un droit nouveau s'exercent — c'est incontestablement l'idée de la justice, la base éternelle de l'idée de droit. La contradiction, constatée par le savant auteur entre cette idée de la justice et le positivisme, n'existe pas en réalité, et ceci pour la simple raison que les considérations spécifiques de la *lex ferenda* dépassent le domaine du positivisme juridique (1).

Ceci demande quelques éclaircissements : le positivisme en général n'est pas autre chose que l'observation de la conformité d'un jugement partiel à sa base. Si nous écartons le positivisme primitiviste qui ne reconnaissait qu'une base universelle — le fait, nous trouverons que la pensée positiviste exige seulement l'harmonie au dedans de chaque système, pris séparément. Ainsi le positivisme naturaliste exige dans les sciences naturelles la conformité de tout jugement avec leur base — l'empirisme causal ; le positivisme sociologique a comme point de départ permanent la réalité sociale ; le positivisme mathématique part des axiomes ; le positivisme moral — de l'idée morale propre à chaque individu, « l'impératif catégorique » de la philosophie kantienne. Le positivisme juridique, enfin, part de la base du système juridique — de la *règle fondamentale*. Du moment que nous quittons le domaine des règles juridiques fixées et « positives » dans ce sens, c'est-à-dire — dérivant du système de la règle fondamentale en vigueur dans une société quelconque, pour entrer dans la discussion sur le point de savoir quelle règle *devrait* être posée, l'exigence de la positivité juridique pour cette discussion serait d'une absurdité égale à l'exigence de la posi-

(1) Le Fur le reconnaît lui-même : « En réalité, la théorie formaliste est faite pour le juge seulement, non pour le législateur ». *Eod. loco*, p. 679.

Ainsi Fauchille, *Traité de droit international public*, I, 1, 1922, p. 23 : « Les principes du droit rationnel ou théorique fournissent le critérium nécessaire pour apprécier la valeur réelle des règles du droit positif. Ils fournissent les moyens de conserver les progrès acquis, de combler les lacunes, de préparer les améliorations, de justifier les modifications ».

La même réponse doit être faite à Nelson, *Die Rechtswissenschaft ohne Recht*, 1917, qui reproche à la doctrine positiviste d'avoir chassé l'idée même de droit et de justice du domaine du droit international. S'il est vrai que le droit international positif n'est pas conforme à la justice, ce n'est pas la faute des positivistes, c'est plutôt la faute du droit positif, qu'ils s'efforcent à dégager.

Nelson est particulièrement mécontent de Jellinek selon lequel la volonté de l'Etat particulier est encore l'instance formellement suprême en droit des gens. Il serait plus juste d'être mécontent des Etats eux-mêmes, qui maintiennent ce principe.

tivité morale d'un jugement mathématique. L'activité en question n'est pas du droit, elle est plutôt de la *politique*, ce domaine étant une combinaison de faits sociaux et de considérations morales et utilitaristes. Le positivisme politique, tout différent du positivisme formaliste du droit, exige au contraire la liberté de l'évolution des formes sociales.

En examinant ci-dessous les problèmes fondamentaux du droit international, tels qu'ils se posent d'après l'ordre actuellement en vigueur, nous parvenons à des conclusions qui ne satisferont pas, certes, beaucoup d'esprits élevés. La communauté universelle de droit international, subsistant de sa propre autorité et superposée à l'arbitraire des Etats particuliers — cette construction salubre pour l'humanité toute entière — hélas, nous n'avons pu la trouver dans la réalité de la vie internationale.

La pratique internationale soit diplomatique soit jurisprudentielle, aussi bien que les Codes des systèmes juridiques des Etats, ne nous fournissent aucune indication d'un tel ordre juridique suprême. Les Etats particuliers y restent toujours à l'échelon supérieur du droit. C'est bien déplorable, nous le reconnaissons sincèrement, ceci constitue l'obstacle principale à l'évolution pacifique de l'humanité, mais telle est la *lex lata*.

Il faut avoir le courage de la vérité, bien qu'elle soit désagréable. Les Etats se présument souverains. Ils ne reconnaissent que les obligations dérivées de leur propre volonté : 1 — les traités conclus par *eux* ; 2 — les coutumes suivies par *eux* ; 3 — les principes conformes à *leur* conviction juridique. Et en cas de conflits s'élevant à propos de leurs obligations, les Etats se considèrent eux-mêmes comme les juges compétents pour les résoudre en dernier ressort. En tant que l'humanité ne possède aujourd'hui d'autres législateurs que les Etats, la conception mentionnée doit être considérée comme étant en vigueur. C'est là la *lex lata*.

Faut-il se contenter de cet état de choses ? Nullement ! Les esprits les plus nobles de l'humanité, St-Thomas d'Aquin, Grotius, Suarez, Kant, les représentants les plus éminents

de la doctrine juridique moderne, sont partisans d'un ordre suprême de droit qui seul assurerait la paix et l'harmonie mondiale. Nous réclamons l'honneur de suivre leurs opinions. Mais certains d'entre eux, au lieu de recommander leurs systèmes comme devant être adoptés, les ont décrits comme déjà en vigueur. Et, sans doute, il les considéraient comme *moralement* en vigueur. Cependant la société humaine représentée par les Etats a refusé jusqu'à présent d'adopter ces systèmes comme juridiquement obligatoires. Et toutes les constructions magnifiques des théoriciens distingués ne sont encore que des *leges ferendae*. Il faut tenter leur réalisation !

Le droit est le règlement des relations humaines. Si les relations se multiplient, le droit doit, à la longue, suivre ce mouvement et s'intensifier nécessairement. De plus en plus, les frontières étatiques apparaissent impuissantes à limiter les relations entre les hommes. L'humanité sort de l'état d'un ensemble de sociétés particulières pour devenir une société unique embrassant toutes les particularités. Dans son aspect naturel le monde se présente comme une unité régie par les mêmes lois. Biologiquement et psychologiquement les hommes forment une vaste catégorie. La civilisation moderne dans ses deux aspects matériel et spirituel montre sa tendance à l'universalité. Il est temps de commencer la réalisation de la même unité dans l'état juridique de l'humanité.

Ce n'est pas l'égalisation du contenu des règles juridiques régissant les nations qui doit être poursuivie. Une telle égalité mécanique aurait souvent l'effet de créer une inégalité de fait, puisque les données sociales varient à leur tour. Les lois ne sont nulle part égalitaires, même au dedans d'une communauté assez restreinte. C'est d'autant plus absurde qu'on envisage l'humanité tout entière avec ses multiples divergences radicales. D'ailleurs cette égalité des règles n'aurait qu'un caractère précaire, puisque, confectionnées par des législations intérieures parallèles ou par un traité international, elles seraient toujours à la merci de la volonté des Etats particuliers. En pratique la clause de dénonciation est presque toujours insérée, pour sauvegarder la liberté des Parties Con-

tractantes ; et même si la dénonciation n'est pas prévue, comme c'est d'ordinaire le cas des traités de paix et de leurs annexes, l'argument de la défense des intérêts vitaux ou sa forme cynique — l'argument de la *clausula rebus sic stantibus*, — pourra être invoqué en temps utile soit expressément soit d'une manière voilée. Le droit d'user de cet argument sera sans doute contesté par la Partie lésée, mais qui possède donc la compétence formelle de prononcer une sentence valable sur la conduite d'un Etat étranger ? — Un moyen existe toujours : la guerre. En imposant au vaincu un traité de paix, l'Etat vainqueur peut y insérer n'importe quelles clauses. L'Etat vaincu, en ratifiant le traité, leur attribuera validité positive. Cependant il ne faut pas posséder une trop grande perspicacité pour prévoir la possibilité d'un changement des forces et des conséquences qui en découlent : la *clausula rebus sic stantibus* exercera de nouveau son influence par voie pacifique ou par son application radicale — la guerre. Voilà le cercle vicieux qui entoure le droit international nonobstant son développement matériel croissant.

Certes, de tels procédés, cyniques, deviennent de plus en plus difficiles, mais le droit d'aujourd'hui avec sa pluralité des sommets souverains les sanctionne. D'ailleurs ils sont encore bien possibles. Le traité de *Brest-Litovsk*, la spoliation de *Fiume*, de *Vilno* et de *Memel* sont seulement quelques exemples d'une réalité regrettable. La valeur morale de tels procédés nous semble claire, mais, il faut le souligner : le droit international moderne — non celui prétendu par les savants depuis des siècles, mais celui en vigueur dans les relations interétatiques — admet cette manière. Le traité de *Brest-Litovsk* est partiellement abrogé, mais les spoliations mentionnées ont été reconnues par la quasi-totalité des personnes de droit international. Néanmoins il faut escompter l'effet de la solidarité sociale et économique croissante qui unit l'humanité malgré ses distinctions politiques. L'unité de fait peut, sans doute, résulter de cette évolution. Et si l'ordre juridique veut s'associer à ce progrès, il doit, à son tour, constituer l'unité de droit.

Comme nous l'avons exposé plus haut, c'est non pas l'égalisation des règles qui est requise — cette mesure étant à la fois insuffisante et superflue — mais *l'unification de la source*.

Seule une *organisation* internationale réaliserait un ordre international ; seul un Super-Etat universel constituerait la communauté juridique universelle. Le contenu concret du droit pourrait varier de même que, de nos jours, le droit varie à l'intérieur d'un Etat moderne ; mais l'ordre qui assurerait la marche normale de ces règles, l'autorité de laquelle elles émanent, le pouvoir qui se charge de leur réalisation et de la solution des conflits qui surgissent, doit s'élever au même sommet, qui est aujourd'hui occupé par la loi fondamentale de l'Etat particulier.

La question de la souveraineté étatique, aujourd'hui soumise à des discussions théoriques, serait alors résolue, négativement, d'une manière radicale. La condition des Etats particuliers au dedans d'une telle communauté de droit serait analogue à celle des Etats-membres d'une Fédération. En effet, les procédés juridiques à observer seraient alors ceux que nous classons aujourd'hui dans le droit interne, le droit constitutionnel. S'il est vrai que le droit international est un « droit de simple coordination, s'opposant à toute subordination » — le droit ainsi envisagé ne serait plus de droit international.

Je ne sais pas non plus, si un tel système mérite le nom de droit naturel. *Grotius* l'affirmerait, *Hegel* le nierait. Mais la plupart des représentants les plus éminents de notre discipline le croient conforme à la morale et à l'évolution de la société humaine. Je me range à leur côté pour demander qu'il soit *imposé*, qu'il devienne *positif*, qu'il reçoive la force de *droit en vigueur*.

Quant au droit positif d'aujourd'hui, il en est tout différent. Une illusion sur ce point est dangereuse. Examinons les fondements du droit international actuel.

CHAPITRE I^{er}

LA MÉTHODE

§ 2. — Causalité et Normativité

Chaque phénomène peut être considéré comme *fait*, produit d'une chaîne causale quelconque. Des réalités amenant inévitablement d'autres réalités, la nécessité ainsi établie est celle de la *causalité*, catégorie générale de la connaissance. Donc une exception à ce principe est inconcevable : il détermine chaque phénomène, et en explique la cause, c'est-à-dire les circonstances qui ont amené son existence. Les généralisations des procédés causals dans une sphère donnée sont les *lois naturelles*. N'étant qu'une expression simplifiée de la nécessité incontestable et inviolable — puisque seule possible — la conformité du contenu d'une telle loi avec les faits devient le critérium de l'existence de cette loi. Elle cesse d'exister au moment où elle ne suffit pas pour expliquer les faits. Les sciences naturelles, au plus large sens du mot, sont par conséquent les disciplines qui décrivent les faits dans leur ordre causal et en formulent les lois.

La catégorie de la causalité, formant la notion de *l'existence déterminée* des phénomènes, est en conséquence applicable, et seule applicable à tout phénomène, lorsqu'il s'agit d'expliquer son existence. Non seulement la physique et la biologie appliquent le procédé causal pour le développement de leurs systèmes respectifs ; tout fait à caractère spirituel, tous les phénomènes de la logique, de la psychologie et de la vie sociale peuvent devenir aussi l'objet d'une considération cau-

sale, c'est-à-dire l'objet d'une science naturelle. Leur cause, le déterminisme de leur existence, ne peut être expliqué que par cette méthode. Aussi le droit, produit incontestable de la vie sociale, envisagé comme tel, apparaît comme l'objet d'une discipline causale.

Ainsi nous constatons que la méthode causale n'est nullement limitée dans son domaine d'application par des objets d'une certaine espèce. Bien au contraire, chaque phénomène de la connaissance humaine est susceptible d'être expliqué par elle ; nul d'entre eux ne lui échappe. La méthode causale est donc universelle ; elle explique l'existence du tout.

Cependant, le point de vue de la détermination causale n'est point le seul, sous lequel les phénomènes apparaissent dans la conscience humaine. A côté de la constatation de l'existence d'un phénomène, *l'appréciation de sa valeur* apparaît comme l'autre procédé possible de la considération intellectuelle. La notion de la valeur exprime un jugement tout différent de celle de la cause ; elle n'explique pas les circonstances de la naissance d'un phénomène, elle marque seulement l'importance qu'on lui attribue. Cette importance est incommensurable à la cause de l'existence du phénomène, de même que cette dernière est indépendante de la valeur prétendue. Le domaine autonome de l'appréciation de la valeur apparaît donc comme un autre mode de la connaissance humaine à côté de la méthode causale.

La notion abstraite de la valeur se trouve concrétisée dans notre esprit sous la forme du *but*, notion dirigeante de la volonté humaine (1). Le système téléologique, créé par là,

(1) La théorie juridique allemande s'est préoccupée du rôle du but dans l'idée de droit et, plus généralement, dans celle d'une norme. C'est surtout Kelsen qui s'efforce à éliminer la notion essentiellement subjective. Cependant, vu la connexion intime existant entre les notions du but et de la volonté, on devrait abandonner la dernière si l'on élimine la première. Et en effet Kelsen a été forcé de bannir du monde de droit le moment de la volonté, prise comme phénomène psychique. (V. *Grenzen zwischen soziologischer und juristischer Methode* 1911). Cependant ce procédé ne nous semble pas justifié. Lorsqu'il s'agit d'expliquer le caractère normatif du droit, il est inadmissible de ne pas faire attention à ce que la notion du but volontaire est à la base du système tout entier et que les notions de valeur et de norme ne sont que les abstractions, statique ou dynamique, du but. L'élimination du but dans l'exposé d'un système normatif signifie par conséquent la mutilation de ce système. Ainsi : Kaufmann, *Kritik der neukantischen Rechtsphilosophie*, 1921, p. 7 et suiv. Dans le même sens V. Stammer, *Theorie der Rechtswissenschaft*, 2^e éd., 1923, p. 30 et suiv., ainsi que le vétéran de la théorie juridique

est aussi unifié que l'était le système causal. La place de la chaîne causale — échelle des nécessités qui conduisent l'une à l'autre, qui doivent déboucher dans la notion, indispensable pour toute philosophie naturaliste, de la *prima causa* — est occupée ici par la hiérarchie des buts, dont un émane de l'autre, c'est-à-dire trouve sa justification dans l'autre, et ce procédé se continue jusqu'à remonter au *but suprême*. La projection objective de cette idée subjective du but est constituée, comme nous l'avons indiqué tout à l'heure, par la notion de la valeur. Cette qualité spécifique de valeur — positive ou négative — est attribuée aux phénomènes en conséquence de la nature de leur lien avec la *valeur absolue*, abstraction du but suprême. Les jugements spécifiques qui fixent dans ce système les valeurs concrètes, en établissant les rapports hiérarchiques entre elles, sont les *normes*.

On compare souvent les normes aux lois naturelles. Certes, ces jugements ont des fonctions analogues : les uns aussi bien que les autres servent de moyen d'unification à des phénomènes différents, en les ramassant dans un système d'après la méthode respective. Par contre la structure morphologique des normes et des lois naturelles est toute différente : les unes sont des jugements catégoriques, les autres — des jugements assertoriques. Dans la conscience individuelle la norme impose un *devoir*, notamment le devoir de reconnaître une valeur ; la loi naturelle apparaît comme une *constatation* inévitable. C'est ainsi que nous trouvons dans la méthode *normative* un autre mode de la connaissance à côté de la méthode causale.

Le normativisme, lui aussi, est universel en ce sens qu'il n'est pas limité à une certaine catégorie de phénomènes, mais peut être étendu à leur totalité, les saisissant comme objets de sa considération spécifique. Aussi les systèmes théoriques de la méthode normative, les *sciences morales* dans le sens

allemande Ihering, qui déclare : « Le droit connaît seulement une source : le but » (*Der Zweck im Recht*, t. I, 1877, p. XIII). D'ailleurs il va de soi que tous les auteurs cités sont également éloignés de vouloir fonder la force juridique sur le fondement fragile de la volonté individuelle. Mais, lorsqu'il s'agit de poser formellement la *validité* inhérente au droit, il faut se souvenir de la notion du but, source éternelle de toute valeur.

le plus large du mot, embrassent tous les phénomènes de notre connaissance. Ils peuvent tous, sans aucune exception, être envisagés sous l'aspect de leur valeur — étant ainsi dépendants de la valeur présumée absolue — de même qu'ils peuvent être examinés sous le point de vue de la cause de leur existence, liés ainsi à la cause prise comme point de départ de la discipline naturaliste respective. C'est donc *la méthode spécifique et non le substratum différent* qui constitue l'autonomie des deux modes différents de connaissance, que nous venons d'indiquer.

Il faut souligner que l'universalité de ces deux systèmes nous donne même la possibilité d'expliquer l'un par l'autre : en effet, la notion de valeur, étant un produit de la conscience humaine, est un fait comme tout autre. La cause de l'existence de cette idée ne peut être expliquée que par la méthode causale. Aussi l'attribution positive ou négative de la valeur aux divers phénomènes — leur appréciation considérée comme procédé psychique — est incontestablement déterminée par le principe de la causalité. D'autre part, l'ensemble des faits, les lois naturelles, la notion même de l'existence comme celle de la causalité, peuvent être considérés du point de vue de leur validité, c'est-à-dire affirmés ou niés comme valeurs, en conformité à la valeur absolue posée à la base de la spéculation. C'est de cette manière que le monde des faits est compris dans les cadres normatifs de chaque système religieux. — De là résulte la reconnaissance de la *plurilatéralité méthodologique de chaque phénomène*, susceptible de devenir à la fois le substratum de la considération causale et de la considération normative, donc, d'être envisagé soit comme fait, soit comme valeur (1).

(1) Kelsen, (*Soziologischer und juristischer Staatsbegriff*, 1922, p. 105) et Sander (dans *Zeitschrift für öffentliches Recht*, 1919/20, p. 340 et suiv.) s'opposent au nom de la pureté méthodique à l'affirmation de l'identité d'un phénomène qui est pris en considération par deux méthodes différentes. La meilleure réponse à cette objection est la formule suivante de Kaufmann, *op. cit.*, p. 85 : « Die Möglichkeit einer Konstruktion mit einer Ebene macht die Welt selbst nicht zu einer eindimensionalen. ».

D'ailleurs les préoccupations philosophiques des juristes allemands ont déjà amené la plus grande autorité de la philosophie allemande contemporaine — Husserl — au reproche suivant : « Es ist mindestens bei der gegenwärtigen Zeitlage, und solange es überhaupt an einer hochausgebildeten, zu vollkommener Strenge und Klarheit gediehenen Erkenntniskritik fehlt, richtig, die Grenzen der

Le droit lui aussi peut être l'objet des deux méthodes indiquées. Le phénomène sera toujours le même : certaines règles de la conduite humaine qui exercent une influence effective sur les hommes et sont accompagnées des mesures coercitives. Appliquée à ce phénomène, la méthode causale nous expliquera la naissance de ces règles, ainsi que les causes et la nature de l'efficacité de la coercition. La méthode normative, par contre, en établira la validité, c'est-à-dire — rattachera la valeur de ces règles à une valeur absolue située au dedans ou au delà du système de droit. La coercition y apparaîtra aussi comme contenu d'une norme.

Ainsi la méthode causale étendra notre connaissance causale de l'univers sur le phénomène du droit. Ce phénomène pourra, dans le domaine causal, faire partie tantôt d'un système, tantôt de l'autre — suivant le point de départ une fois accepté. On pourrait partir d'un principe biologique, par exemple de celui de la lutte des espèces ; alors le droit sera partie de la biologie. La psychologie physiologique pourrait aussi embrasser par ses procédés le phénomène nommé juridique, qui serait de cette façon un phénomène psychologique. Même une conception chimique du droit peut s'imaginer, si l'on se roidit à chercher les formules chimiques caractéristiques des procédés physiologiques qui effectuent dans le cerveau humain l'apparition de l'idée de droit. Mais tout en laissant à part ces diverses conceptions du droit, qui n'ont pas encore éveillé la curiosité des savants, il faut noter qu'elles ont toutes, au fond, la même raison d'être qu'une autre conception très répandue, celle du *droit comme phénomène de la sociologie naturaliste* (1).

dogmatischen Forschung gegenüber « kritizistischen » Fragestellungen abzuschliessen. Mit anderen Worten, es erscheint uns zurzeit als das Richtige, dafür Sorge zu tragen, dass erkenntnistheoretische (und in der Regel skeptische) Vorurteile, über deren Recht und Unrecht die philosophische Wissenschaft zu entscheiden hat, die aber den dogmatischen Forscher nicht zu bekümmern brauchen, den Gang seiner Forschungen nicht hemmen ». (*Ideen zu einer reinen Phänomenologie*, t. I, 1913, p. 47).

(1) A l'encontre de Comte et Stammler, d'après lesquels la *société* est une notion bornée à une seule méthode, il faut souligner que ce phénomène peut être envisagé autant normativement que causalement. Aussi Jellinek, après avoir vainement cherché à différencier les points de vue « juridique » et « social », reconnaît enfin que ces expressions sont également équivoques et parvient à « la distinction fondamentale » entre le concept de causalité et le concept de la règle impérative, de la « norme ». (*L'Etat moderne et son droit*, 1904, t. I, p. 27).

Sous cet aspect, le droit apparaîtra comme produit de l'évolution sociale et historique. Des circonstances complexes, toutes strictement déterminées par la chaîne causale de la réalité sociale, nécessiteront l'institution même du droit et détermineront également le contenu de ses règles, la forme de ses institutions diverses. De là, la tendance générale de la sociologie naturaliste à identifier le droit avec la réalité sociale prévalente.

Les points de vue applicables à la sociologie naturaliste, dans sa considération du phénomène juridique, sont différents. D'abord elle peut être limitée à l'exploration de l'activité juridique d'un milieu social plus ou moins homogène et continu, c'est ce qui nous fournira l'exposé d'un système juridique composé des règles connexes. Puis elle peut s'étendre à toutes les formations de la société humaine, dans lesquelles le phénomène de droit sera observé. Une cause commune, plus ou moins directe, sera recherchée dans ce cas. C'est ce qu'on nomme étude de droit comparé. Elle peut enfin choisir pour but unique de ses recherches l'étude des causes de l'efficacité sociale du droit. Cette efficacité — critérium nécessaire de toute considération du droit par la sociologie naturaliste — ne doit plus rester à l'arrière-plan, comme c'est le cas pour les deux disciplines indiquées, qui s'occupent plutôt de la forme et du contenu du droit, mais doit devenir au contraire l'objet principal de l'examen. Ce sera l'étude de la positivité naturaliste du droit, le terme de « positivité » étant employé ici dans le sens fourni par *Comte* (1).

Dans tous ces cas la discipline de droit apparaîtra comme faisant partie de la sociologie, tout comme une considération chimique ou biologique du droit ne peut être conçue qu'au cours d'une recherche chimique ou biologique. L'examen sociologique de droit est pleinement justifié, il est même d'une importance très grande à beaucoup de points de vue, et l'accomplissement de cette tâche ne peut être que vivement recommandée aux sociologues et aux historiens.

Tout autre sera l'aspect du droit, pris comme objet de la

(1) V. son *discours sur l'esprit positif*, 1898, notamment p. 19.

méthode normative. Ici le droit ne sera considéré qu'en qualité de système valable de normes. Toute question sur la motivation psychologique ou sur les circonstances sociales — facteurs de sa naissance et de son développement — devra être écartée. Le problème fondamental de la discipline normative du droit consistera dans la découverte de la norme suprême — source de validité des autres normes. Avec la réussite de cette recherche le système des valeurs sera établi d'une manière parfaite, tout comme le système causal trouve son accomplissement dans la découverte de la cause primaire. Notre considération ne sera ni plus, ni moins étroite que l'autre. Elle aussi formera un système universel, c'est-à-dire tout-embrassant, mais limité à son point de vue spécifique. Elle pourra faire rentrer dans son système tout phénomène, en lui attribuant une importance normative quelconque. Tout comme la méthode causale fait de l'ordre normatif une partie de la sociologie ou de la psychologie, la méthode normative fera des faits sociaux, des faits individuels et même des faits indépendants de toute volonté humaine, une partie de sa discipline. Elle les transformera en objets de sa considération, c'est-à-dire en *substrata* d'une valeur positive ou négative. Voilà le sens exact de l'expression de « fait juridique ».

Pour le droit pris comme système normatif, le problème essentiel consiste dans la découverte de sa *source*, c'est-à-dire de la règle fondamentale qui établit la valeur suprême et régit l'ensemble des valeurs dérivées en traçant des règles secondaires. Si la source est reconnue autonome, c'est-à-dire valable de sa propre autorité, justifiée en elle-même, sans être dérivée d'une autre norme supérieure, le système juridique devient indépendant, souverain (1). Si la norme juridique suprême doit être justifiée par une autre norme extra-juridique, alors le système de droit se trouve incorporé dans le système respectivement supérieur duquel émane la force obligatoire du droit.

Voilà un court aperçu sur les fondements méthodolo-

(1) V. Kelsen, *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts*, 1922, p. 86. Pour le résumé français de la doctrine de Kelsen, V. Akzin, dans la *Revue de droit international*, 1927, p. 342 et suiv.

giques de toute spéculation sur la nature du droit. Les deux méthodes de la causalité et de la normativité sont également applicables à chaque phénomène, donc aussi aux phénomènes dits juridiques. Tout théoricien a le choix entre ces deux méthodes ; il peut appliquer l'une ou l'autre. Il peut s'occuper du connexe causal des institutions juridiques ou bien de leur sens normatif. Il doit seulement s'abstenir de les mélanger. Le monisme pur de la méthode, son unité complète, doivent être strictement observés. C'est la logique qui l'exige.

Mais une autre conséquence dérive de la reconnaissance de la double possibilité de concevoir les phénomènes — celle qu'il est inadmissible de nier leur caractère complémentaire. La conscience humaine réagit sur les phénomènes de deux manières différentes — en les analysant et en les appréciant. Ceci retenu, il faut se garder de vouloir prétendre qu'un phénomène quelconque peut être épuisé complètement par l'usage exclusif d'une seule méthode. Pourtant cette faute a été souvent commise dans le domaine juridique. Nous nous bornons à citer l'exemple de deux grands savants contemporains, auxquels la théorie générale de droit doit plusieurs idées remarquables et qui n'ont pas pu échapper à la tentation de déclarer la méthode adoptée par eux la seule méthode possible : *Duguit* et *Kelsen*. Les travaux de *Duguit*, tout en démontrant la dépendance du droit de la facticité sociale, ne l'ont nullement autorisé à nier toute autre conception « métaphysique » (1). Et *Kelsen*, tout en traçant un système normatif parfait du droit, s'efforce vainement à justifier son attitude négative envers une discipline causale s'occupant du même phénomène (2). D'ailleurs ni l'un, ni l'autre ne pouvaient soutenir jusqu'au bout cette exclusivité théorique, qui amènerait le risque d'une explication fragmentaire du phénomène du droit (3). Les considérations méthodiquement différentes se

(1) Duguit, *Le droit constitutionnel et la sociologie*, 1889, notamment p. 6.

(2) Kelsen, *Allgemeine Staatslehre*, 1925, p. 16 et suiv.

(3) Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, II, éd., 1921-23, t. I, p. 13 et suiv. Cf. la critique par A. de Lapradelle, *Cours de droit constitutionnel*, 1912, p. 26.

Kelsen, *op. cit.*, p. 96 ; Akzin, *op. cit.*, p. 345 et suiv.

Sont intéressants à noter les efforts de Binder, *Philosophie des Rechts*, 1925, qui tente de construire une discipline causale du droit positif (p. 187) à côté d'une discipline normative de la philosophie de droit (p. 190), mais se voit, en fin de compte, forcé d'admettre leur connexion intime (p. 256 et suiv.).

cumulent dans *l'unité de la conscience* en produisant *l'idée d'un phénomène unique*, éclairé — pour user la métaphore populaire — de plusieurs côtés par les disciplines différentes.

Cependant la clarté de la synthèse psychologique suprême serait singulièrement troublée, si les sciences particulières, dominées chacune par sa méthode spécifique, venaient à mélanger les points de vue. C'est pourquoi un examen scientifique doit être limité à une certaine méthode. Dans notre essai de fonder le système de droit international nous suivrons la méthode normative : tout en reconnaissant l'importance de la classification naturaliste de notre phénomène, nous renvoyons cette tâche aux sociologues et aux psychologues compétents. Elle y sera certainement mieux accomplie. Mais veut-on établir la hiérarchie des valeurs sociales et le sens des normes y découlant, veut-on apprécier la vie à la mesure du droit et non pas le droit à celle de la vie — alors c'est la méthode normative qui est à adopter.

★★

§ 3. — Le Droit comme discipline normative

Ainsi pris comme un ensemble de normes, le droit devient en premier lieu l'objet d'un examen sous le point de vue de sa validité, car c'est la validité qui est la seule déterminante d'une norme. Elle est à la norme ce que l'existence est au fait : la seule possibilité à envisager. D'où le problème principal de chaque réflexion normative : quelle est l'autorité qui donne validité à la norme ? — Sous cet angle toutes les normes qui peuvent se présenter au cours d'une observation théorique doivent être examinées. Et si l'on parvient à établir une différence entre plusieurs systèmes normatifs — droit, morale, religion, *comitas* etc. — ce sera seulement le point de vue adopté par nous qui permettra de distinguer nettement ces systèmes divers. En effet, en quoi se différencient-ils ? —

Seulement en l'autorité de laquelle leur validité émane, c'est-à-dire dans leurs sources.

Une tentative de fonder cette distinction sur le principe opposé — celui de la cause différente — ne peut être sérieusement soutenue. La détermination causale d'un système peut expliquer son existence et son efficacité, mais ne peut aucunement justifier sa valeur. Or, on ne peut parler d'un système de normes que lorsqu'on affirme leur valeur ; sans cela, le phénomène en question ne nous apparaîtra point transformé en norme — objet d'une discipline normative, mais restera seulement dans son autre qualité d'un fait déterminé causalement — objet d'une discipline naturaliste. Telle est la véritable limite qui s'oppose à la recherche de tout théoricien niant le monde des valeurs et se bornant à l'examen des faits. C'est une erreur de croire que ce théoricien résout le problème de la validité ne fût-ce que d'une manière négative. En vérité il ne le résout dans aucun sens, il ne peut pas le résoudre pour la simple raison qu'il n'envisage même pas ce problème. L'autonomie de l'idée de valeur ne peut faire que l'objet d'une affirmation. Si, au lieu de l'affirmer, on cherche à déterminer cette idée par la causalité, un tel procédé signifie simplement que l'auteur en question est frappé d'aveuglement partiel, qu'il ignore l'idée de valeur. *Comte, Duguit* et maints autres — tout en ne parvenant pas à l'exclusion complète de toute idée téléologique de leur conception respective — font cependant les plus grands efforts pour ne pas remarquer cette idée.

De même, une autre façon de distinguer deux systèmes normatifs a été souvent appliquée, sans parvenir, cependant, à des effets satisfaisants : celle qui prend comme critérium de leur diversité la différence de leurs contenus respectifs. Ainsi on a essayé de réduire la différence entre la religion et le droit à celle de l'individu pris comme tel et de l'individu pris en société ; dès lors une divergence des objets de ces deux systèmes s'ensuivrait, à laquelle devrait correspondre une diversité complète de leurs contenus. A cela il faut observer que s'il est vrai que le droit présuppose l'état social des indi-

vidus, la religion n'est point condamnée à ignorer le fait ou même les formes de l'organisation sociale. L'idée élémentaire d'après laquelle le droit s'occupe exclusivement de la conduite « extérieure » de l'homme, en abandonnant le règlement de sa conduite « intérieure » à la religion et à la morale, ne peut être soutenue non plus : les intentions de l'homme ont été introduites dans le monde du droit depuis la reconnaissance de l'importance de la bonne ou de la mauvaise foi par le droit civil romain. De nos jours, elles jouent un rôle croissant dans le système du droit pénal. Tout ce qu'on peut dire, avec raison, c'est que *d'une manière générale le droit* s'occupe davantage des faits de l'homme, tandis que la morale s'occupe de préférence de ses pensées. Mais cette constatation ne peut nous empêcher de reconnaître qu'en principe les deux domaines, de la conduite extérieure comme de la conduite intérieure, peuvent être réglés à la fois par chacun des ordres normatifs.

On a proposé ensuite le moment de la détermination unilatérale ou bilatérale de la règle en question pour constater qu'elle appartient à l'ordre moral ou juridique. Cette conception a reçu sa forme intégrale de *Petrazycki* (1) qui a établi le principe que dans le cas d'une règle juridique à chaque prestation dûe par un individu correspond nécessairement un droit d'un autre individu, l'autorisant à prétendre à cette prestation, tandis que dans l'ordre moral l'obligation de A à une conduite déterminée n'est pas complétée par le droit de B d'exiger cette conduite. — Sans discuter la vérité de cette conception en ce qui concerne la règle morale (bien qu'elle semble très problématique) nous devons constater que pour le domaine du droit elle n'est pas toujours justifiée. En établissant pour un individu une obligation quelconque, tout ordre normatif prétend en faveur de lui-même au droit d'exiger l'accomplissement de cette obligation. En principe donc l'obligation morale apparaît déterminée bilatéralement tout comme l'obligation juridique. Seulement le droit « transfère » le plus souvent ses « droits » à l'individu dit « intéressé », en

(1) V. son *teoria prava i gosudarstva v sviazi s teorieou pravstvennosti*, 1907.

attachant à lui la compétence d'exiger l'accomplissement de la prestation. Ainsi le droit « subjectif » de l'individu n'est qu'un droit délégué, un degré normatif plus concrétisé. Mais même cette différence de degré ne peut subsister : toute action dite publique représente la réserve par l'ordre juridique à lui-même du droit à prétendre la conformité d'une conduite à la règle. L'ordre juridique exerce cette compétence, certes, par le moyen d'organes appropriés — puisque chaque réalisation d'une règle sociale nécessite l'intervention d'une organisation sociale, mais le droit « subjectif » en cette matière n'est conféré à aucun individu.

Ce qui reste à cet égard de la différence entre le droit et la morale, c'est le moment de l'organisation objective, supérieure à la conscience individuelle, qui est inhérente au droit (et à la religion) et qui est inconcevable dans l'ordre purement moral. Mais ce moment, à vrai dire, ne présente plus un critérium matériel, mais remonte à la distinction formelle de l'autorité hétéronome et de l'autorité autonome, dont l'ordre tire sa validité.

En effet, le seul critérium, qui permette d'obtenir la place normative d'une règle, est l'autorité finale qui l'établit comme obligatoire, la source de laquelle elle dérive. Grâce à la présupposition d'une autorité divine édictant des normes, une règle, dont l'objet et le contenu sont d'habitude soumis à la réglementation juridique, devient partie de l'ordre religieux ; le droit lui-même, recevant sa consécration de la religion, devient du « droit divin » c'est-à-dire qu'il est délégué par la religion. — Le même phénomène se produit dans le sens opposé : l'histoire nous fournit de nombreux exemples du règlement des questions de croyance par le droit étatique. Toutes les formes de religion d'Etat, le fondement philosophique de cette conception par Spinoza, les cultes édictés par le pouvoir législatif au cours de la Révolution Française, ne signifient rien d'autre que l'enchaînement pur et simple des « questions religieuses » dans le système juridique. Ainsi le fondement divin de l'Etat et du droit d'une part, et le fondement étatique-juridique de la religion d'autre part, servent

à construire la subordination complète d'un système à l'autre. — De même le droit objectif introduit souvent la morale, c'est-à-dire l'appréciation normative individuelle, dans ses cadres, et la transforme par là en une part subordonnée du droit, tandis que l'idée même de droit est presque toujours fondée sur la morale. C'est donc toujours le fondement supposé suprême, l'autorité finale, la source de validité — qui détermine l'individualité d'un ordre téléologique et la portée de toute règle qui en découle.

Il suit clairement des réflexions précédentes que tout système normatif n'est pas autre chose que le développement extensif de sa norme suprême. Par là, la validité du système tout entier se trouve déterminée par la validité de cette norme suprême. Avec le changement de cette norme ou son annulation, le système et toutes ses règles secondaires sont aussi changés ou annulés. Cette annulation — notion normative — signifie la perte de validité. La validité, en effet, étant *a priori* attribuée à titre absolu et indérivable à un phénomène transformé par là en autorité suprême, n'est aucunement susceptible d'être rattachée de la même façon à un autre phénomène, tant qu'on reste dans le système indiqué. Cette exclusivité de la source de validité est une conséquence logique de l'opposition infranchissable entre A et non-A. En effet, supposer une autre source autonome de validité indépendante de la première, c'est admettre qu'un phénomène quelconque pourrait être à la fois une valeur positive — d'après l'une des sources, — et une valeur négative — d'après l'autre. Une telle « covalidité » de deux sources ne peut être conçue si l'on n'admet pas une troisième autorité, véritablement « suprême », qui réglerait le fonctionnement des deux autres. Mais dans ce cas la validité de ces deux autorités serait dérivée, les systèmes correspondants à elles seraient de simples parties du système départageant, et l'unité normative serait maintenue dans l'ordre souverain formé par la norme suprême unique. Toute autre construction de « covalidité » se présente comme changement inconscient de la méthode suivie, comme altération du point de départ de la norme suprême.

Cependant aucune construction systématique d'une discipline quelconque n'est possible qu'à condition de maintenir la présupposition une fois acceptée pendant toutes les réflexions suivantes.

L'exclusivité démontrée de tout ordre normatif — conséquence de l'unité et de la souveraineté de sa structure — doit être toujours observée. Ainsi, l'autorité religieuse une fois acceptée comme valeur absolue — et la conformité à elle comme norme suprême — toute règle devient religieuse, c'est-à-dire ou qu'elle entre dans les cadres hiérarchiques dérivés de cette norme suprême, ou qu'elle perd sa validité, c'est-à-dire « n'existe » plus (puisque l'existence spécifique d'une norme consiste dans sa validité) pour une considération religieuse ou parce qu'elle ne peut plus être invoquée dans l'ordre religieux. De même, dans une considération partant de la présupposition d'une autorité suprême dite juridique, toute règle prétendue valable doit pouvoir démontrer qu'elle dérive de cette autorité ou bien disparaître du système juridique. Nous devons donc tenir compte du fait que, tout en procédant d'après la méthode normative, tout en concevant l'unité de la méthode de connaissance, plusieurs systèmes différents peuvent se former, dépendant des autorités respectives adoptées comme valeurs absolues. Dieu, la conscience individuelle, un idéal politique quelconque — peuvent servir d'une telle autorité. Alors les règles en dérivant — bien qu'elles soient destinées à régler des matières « juridiques » — deviendront partie de l'ordre religieux, moral ou politique. Tant que les règles en question ne seront pas admises par l'autorité en vigueur, elles ne seront point valables.

En pratique on a souvent tenté de justifier le droit par l'une ou l'autre de ces autorités. Ainsi se sont établis les systèmes du droit divin et du droit naturel dans leurs variations multiples. De nos jours le régime communiste nous a fourni un nouveau fondement justificatif du droit, fondement politique par excellence — c'est le droit de classe (1). Toutes ces constructions ne représentent aucunement des hypothèses cau-

(1) V. Mirkine-Guetzevitch, *La théorie générale de l'Etat soviétique*, Paris, 1928.

sales sur l'origine du droit. Dans la conception théologique Dieu n'apparaît guère comme créateur de tous les systèmes juridiques, de même que la notion du droit rationnel ne suppose pas que le droit soit le produit exact des raisonnements logiques. Le principe de la solidarité sociale ou celui de la classe — instrument de la lutte sociale — ne sont non plus investis du pouvoir effectif de créer les règles juridiques. C'est seulement la *justification* du droit par les notions de Dieu, de raison, de solidarité ou de lutte — notions auxquelles une valeur absolue est attribuée — qui est le but de ces diverses conceptions. Par là, tout partisan d'une telle autorité suprême extra-juridique possède une mesure exacte de la validité d'une norme de droit : — sa conformité ou non-conformité avec cette autorité suprême, avec la volonté de Dieu, les exigences de la raison, l'intérêt de l'humanité ou d'une classe déterminée. D'après toutes ces conceptions les valeurs juridiques sont des valeurs dérivées de la seule valeur absolue, valable par elle-même. La preuve de la validité d'une règle de droit consisterait donc dans la démonstration de l'approbation de cette règle par l'autorité présumée. Les règles, qui ne sauraient pas démontrer cette dérivation, n'auraient donc aucune force obligatoire. Leur fixation par les procédés juridiques formels apparaîtrait dans ce cas comme un simple procédé de fait qui fournit seulement les matériaux pour une appréciation normative indépendante.

Les conséquences radicales, même révolutionnaires, d'un tel fondement hétérogène du droit sont évidentes. Brisé en plusieurs systèmes, suivant les autorités présumées, il ne pourrait être l'objet d'une discipline unifiée. On ne pourrait même comparer les règles « juridiques », puisque leur contenu deviendrait aussi variable que leurs sources. La vie sociale, qui a besoin de certaines règles communes de la conduite humaine, ne serait possible qu'entre les partisans d'une même idéologie. Les rapports juridiques entre adhérents de diverses autorités normatives deviendraient inconcevables, puisqu'aucun lien normatif n'existerait entre eux.

Cet état, heureusement fantastique dans les domaines

différents du droit interne des Etats, a cependant plus de réalité dans le domaine du droit international. Les constructions nombreuses du *jus necessarium*, du droit naturel, du droit rationnel, etc., tout en s'efforçant avec la meilleure volonté de pousser le droit international vers un développement prodigieux, sont en vérité la cause de l'anarchie complète qui domine dans cette discipline. Des sources occultes, telles que la « justice internationale », la « conscience collective », la « volonté commune » — nullement fixées, nullement éclairées, restant subjectives par excellence malgré leur universalité et leur objectivité prétendues — doivent fournir le critère à des règles qui sont caractérisées par la même obscurité de leur fondement et par la même imprécision de leur contenu. Heureusement, les auteurs ont admis, à côté de ce droit véritable, une autre catégorie méprisée du *jus voluntarium*. Ce sont les règles de ce droit « volontaire » — comme si la qualification de nécessité juridique n'était pas posée tout volontairement — qui permettent d'établir quelques liens juridiques entre les Etats !

Cependant cette double construction théorique qui admet la validité simultanée de deux éléments dans le droit international, l'élément nécessaire et l'élément volontaire, ne peut être bien conçue. En effet, si le système du droit international doit rester homogène, la source de validité y doit être unifiée. Si un moment *nécessaire* quelconque est admis comme une telle source, une construction « volontaire » dans le sens strict du mot devient par là insoutenable. De la source émanent certaines normes à caractère nécessaire, — c'est-à-dire obligatoire, — et les divers organes de ce système obligatoire ne peuvent que concrétiser ces normes, en édictant des règles plus détaillées, conformes aux normes fondamentales et dérivant d'elles. Ce sera un simple procédé de délégation juridique, strictement déterminé par les normes d'ordre supérieur. Le « volontarisme » ne consistera dans cette hypothèse que dans le pouvoir de l'organe délégué de fixer le contenu des règles inférieures, pouvoir discrétionnaire dans les limites prévues par les règles supérieures. Ce

procédé ressemblera tout à fait au « volontarisme » des corps législatifs qui votent les lois en se conformant aux normes constitutionnelles et à celui des particuliers qui possèdent la « liberté » — réglementée par le Code Civil — de contracter. Mais dans une telle construction, la règle volontaire, c'est-à-dire hiérarchiquement inférieure, élaborée dans un procédé de délégation, ne peut jamais être *opposée* à la règle nécessaire, c'est-à-dire à l'autorité hiérarchiquement supérieure. L'existence juridique, c'est-à-dire la validité de la règle inférieure, ne réside que dans sa conformité entière à la règle supérieure. Le défaut de cette conformité n'amène point à une opposition d'autorités ; le seul effet de cette non-conformité est la nullité pure et simple de la norme inférieure. Donc, pour le domaine du droit international on ne pourrait jamais proclamer la validité d'un *jus voluntarium* à côté de celle du *jus necessarium*. Le faire — équivaldrait à l'établissement de deux ordres différents, émanant de deux sources différentes, qui prétendent tous deux à valoir dans un certain nombre d'hypothèses. Et, en effet, indépendamment des ordres innombrables, dont la « nécessité » ne s'impose qu'avec l'acceptation de leurs points de départ respectifs, nous voyons que certains phénomènes « intersociaux » (1) sont réglés par des normes spécifiques, émanées des organisations juridiques autonomes — des Etats. — Ces normes apparaîtront, sans doute, volontaires, c'est-à-dire mal fondées, du point de vue d'autres systèmes normatifs, mais qui, considérées comme un système en soi, ont le même caractère de nécessité, de dérivation réglementée et de justification autonome que tout autre système normatif.

Nous ne nions pas la possibilité, ni même la valeur d'une considération du droit, qui part d'un ordre supérieur extra-juridique. L'humanité s'efforcera toujours d'établir une harmonie, c'est-à-dire une unité entre les diverses normes auxquelles elle se soumet, et cette unité émanera toujours de Dieu ou de la conscience, ces deux notions étant les plus nobles idées de l'esprit humain. Par conséquent, un ordre re-

(1) Cf. § 5.

ligieux ou moral universel se trouvera à la fin constitué. Nous n'avons d'ailleurs nié pas davantage la possibilité et la valeur d'une considération causale du droit, qui le fait entrer dans les disciplines de la psychologie, de la physiologie, de la sociologie naturaliste ; car l'homme tend également vers l'unification de sa considération causale de l'univers. Le psychologue, le sociologue, le moraliste et le théologien — tous peuvent s'occuper sous un angle spécifique des phénomènes juridiques, c'est-à-dire du phénomène des relations humaines ; mais par cette préoccupation et les méthodes employées ces phénomènes deviendront des objets de la psychologie, de la sociologie, de l'éthique et de la théologie. Pour qu'ils deviennent des objets d'une discipline autonome, de la *juris prudentia*, il faut que leur appréciation ne soit pas réglée d'après une autorité extérieure. Une source spécifique pour le droit — voilà la condition essentielle de son indépendance ! La validité juridique d'une norme de droit n'est déterminée que par une autorité juridique, non empruntée à un autre ordre. Cela n'empêche, certes, la même règle d'être jugée d'après les principes moraux lorsqu'il s'agit de reconnaître sa validité morale, ou d'être examinée causalement, lorsqu'il s'agit de déterminer les circonstances de son effectivité. L'homme doit compléter incessamment un point de vue par d'autres. Mais pour que cela devienne possible, les points de vue eux-mêmes doivent être observés purs. Une discipline théorique — le développement d'un point de vue appliqué à un groupe de phénomènes — n'existe non plus que cette condition remplie.

L'examen de certains phénomènes sociaux par un jurisconsulte d'après une méthode spéciale, et tendant à l'établissement d'un système juridique, uniquement et purement juridique, signifie par conséquent l'adoption d'un point de vue spécifique, c'est-à-dire le choix d'une autorité normative autonome.

Ainsi, à la première étape de la purification méthodologique, celle de la dissociation des considérations causales de tout ordre de la discipline dogmatique de droit, il faut

ajouter la deuxième étape : les considérations normatives extérieures doivent être également écartées. Telles les considérations religieuses, morales et politiques. Nous avons vu au cours de l'examen précédent que la souveraineté normative du droit, autre expression de l'indépendance idéologique de la discipline juridique et de la valeur absolue des règles juridiques, ne peut être maintenue autrement. Cependant, la souveraineté du droit est une nécessité fondamentale pour la société humaine (1). Et si l'on veut être jurisconsulte sans être théologien, moraliste et politicien, il faut fonder la validité du droit et des règles de droit sur la base unique d'une autorité juridique suprême.

*
* *

§ 4. — **Le Droit positif**

Les réflexions précédentes ont démontré un critérium incontestable du droit pris comme système spécifique — sa souveraineté. Cette souveraineté, répétons-le, est l'autorité absolue attribuée à la norme juridique suprême qui constitue le système normatif tout entier en achevant définitivement le procédé justificatif de ses règles. Cependant, de tels traits sont communs à tout ordre normatif. Ce qui importe, c'est de posséder un critérium défini qui nous permettra seul d'en connaître la nature et d'en distinguer nettement les règles juridiques d'autres règles qui ne sont pas de droit. Nous savons déjà que le droit n'est pas basé ni sur l'autorité de Dieu, ni sur celle de la conscience individuelle. Nous savons qu'il s'agit d'un règlement social des relations sociales, et que ce règlement s'impose aussi aux partisans des conceptions religieuses, morales et politiques les plus diverses. Mais le caractère essentiel de ce règlement social spécifique doit être d'abord éclairé, afin de rendre possible une compréhension exacte du phénomène juridique. Les théoriciens du droit ont,

(1) Cf. *supra*, § 1.

à cet égard, toujours senti que le problème dominant est celui du *rapport spécifique entre les règles dites juridiques et la réalité causale*, telle qu'elle se manifeste dans la vie sociale et dans ses incidents individuels. Ce problème, tantôt vaguement pressenti, tantôt plus clairement formulé, est connu sous le nom du problème de la positivité de droit. Plusieurs interprétations ont été données à ce terme, plusieurs solutions du problème ont été proposées. Nous essayerons de traiter cette question délicate.

Tout d'abord il faut observer que le problème du rapport entre l'idée normative exprimée dans les règles de droit d'une part, et la réalité causale d'autre part, ne pourrait même être soulevé par une doctrine naturaliste conséquente, puisqu'elle ne pourrait pas admettre une déviation quelconque des lois naturelles embrassant la totalité des faits. Or, les règles juridiques, vues à travers des lunettes naturalistes, ne seraient que des lois naturelles dominant le jeu de certaines forces sociales. Le contenu de ces lois serait strictement déterminé par des causes complexes d'ordre psychique et social. Toute autre règle, qui ne serait pas exactement conforme à cette chaîne causale, ne pourrait être conçue du point de vue naturaliste, puisque le déterminisme causal n'admet aucune exception. Ainsi la seule relation possible entre la norme juridique et la réalité causale est — d'après une conception naturaliste — celle de *l'identité*.

En effet, partant de cette identité évidente, les psychologues, les physiologues, les biologistes ne traitent même pas les règles juridiques, celles-ci ne formant pas pour eux une catégorie distincte, mais s'enfonçant dans l'ensemble des phénomènes psychiques, obéissant aux lois naturelles qui dominent la naissance et le développement de ces phénomènes. Mais déjà les sociologues ne peuvent pas résister à la tentation de traiter d'une manière distincte les règles de droit, en admettant ainsi une divergence entre elles et la réalité sociale déterminée causalement. C'est ici qu'un élément de valeur, d'appréciation, apparaît, quoique parfois masqué, à côté de l'examen causal. Ceci est encore plus marqué lorsqu'il

s'agit des juristes qui s'efforcent vainement de combattre toute construction « métaphysique » du droit. En fin de compte chacun d'entre eux est forcé d'introduire dans son système un élément normatif quelconque. Ainsi le droit reçoit un caractère distinct de la réalité, et se trouve affirmé comme ordre indépendant. Cependant cet ordre reste lié en quelque manière à la réalité causale de la vie sociale. La relation entre eux n'ayant plus le caractère d'identité, la question reste ouverte de savoir la nature exacte de cette relation.

Cette question a une importance égale pour toutes les conceptions théoriques du droit. Même les doctrines qui soulignent le caractère surtout normatif du droit ne peuvent pas nier ses rapports avec le système causal. Et le porte-parole de ces doctrines extrêmes, *Kelsen*, après de vains efforts et plusieurs hésitations, est lui aussi forcé d'exiger de la règle juridique « un minimum de conformité » avec la réalité sociale. D'ailleurs cette liaison à la causalité ne doit pas être reprochée à *Kelsen* et ne peut nullement affaiblir son système normatif. Loin d'être en contradiction avec sa théorie, cette formule sert à indiquer le critérium causal de l'ordre juridique. Il faut seulement regretter que le savant auteur ait omis d'expliquer la nature de cette liaison importante. Essayons-le.

A dire vrai, le rapport recherché est d'une nature très nette, et la solution de notre problème apparaît bien claire, si l'on remonte au double fondement de la connaissance humaine : au fait expliqué par sa cause et à la norme affirmée par une valeur. Il faut seulement retenir que ces deux modes de connaissance — la connaissance causale et la connaissance téléologique — sont toujours rattachées à un substratum unique — le phénomène, et que ces deux méthodes sont universelles, c'est-à-dire que chaque phénomène est susceptible d'être l'objet de cette double considération. Or, affirmer que les deux méthodes sont toujours psychologiquement possibles équivaut à la reconnaissance de leur caractère obligatoire : à l'idée d'un phénomène se rattachent *toujours* deux considérations, dont l'une le fait entrer dans l'ordre causal, et dont l'autre

détermine sa place dans l'ordre téléologique. Ainsi l'idée d'un phénomène se trouve composée d'un système de *deux coordonnées*, auxquelles nul phénomène ne peut échapper, car c'est justement cette détermination par les deux coordonnées — causale et téléologique — qui constitue l'entrée de la « chose en soi » dans notre conscience sous la forme d'un phénomène. La coordonnée causale forme l'existence du phénomène, la coordonnée téléologique forme sa valeur. Dans ce sens un phénomène inexistant ou un phénomène sans valeur ne peut même pas être imaginé. Il suffit, par conséquent, de démontrer *un* critérium du substratum, pour que l'autre critérium se trouve aussi donné — et le phénomène constitué. De telle manière entre la détermination causale et la justification téléologique d'un phénomène un lien obligatoire se trouve constitué, un lien qui ne fixe aucunement le contenu des critères, mais qui forme une *interdépendance* mutuelle entre eux. Ayant pris un tel phénomène comme point de départ, une observation systématique pourra construire sur cette base d'innombrables phénomènes dérivés, dont l'existence sera déduite causalement de l'existence du phénomène primaire — de la *prima causa*, — et dont la validité sera déduite normativement de la valeur du phénomène primaire — de l'autorité suprême. Ces phénomènes dérivés, n'étant que des concrétisations du phénomène primaire, resteront toujours, quant à leurs critères d'existence et de la validité, soumis aux données respectives de leur base.

La forme la plus générale de l'existence — c'est l'existence psychologique, condition nécessaire de chaque idée imaginable. Cette existence ne peut jamais être niée, puisqu'une idée, même quand elle paraît contestable, fausse, absurde, est toujours un fait psychologique. C'est une paraphrase de la formule célèbre de Descartes qui pourrait caractériser cette existence élémentaire : *cogitum est ergo est* ! — A une telle existence tout-embrassante, bien que s'effectuant dans un seul brain individuel, on pourrait rattacher un système individuel de validation avec la même envergure universelle.

Cependant le droit se présente comme un phénomène social, ce qui veut dire que son existence aussi bien que sa validité doivent être d'ordre social, pour que le phénomène soit constitué. Le système normatif du droit a son point de départ dans une autorité reconnue comme telle par la société. Considéré causalement, le droit se montre aussi d'une efficacité sociale. Ainsi le droit se présente comme ayant ses deux critères dans le domaine social : son autorité normative n'est pas bornée à une validité individuelle — comme c'est le cas dans le système moral — mais exige et trouve reconnaissance pour une collectivité de volontés humaines ; de même l'existence de ce système doit s'effectuer pour la collectivité toute entière. La validité sociale et l'efficacité sociale sont les deux côtés indispensables du phénomène social, tout comme la validité abstraite et l'efficacité abstraite sont les éléments constitutifs du phénomène abstrait, comme la validité individuelle et la facticité psychologique forment le phénomène individuel.

De cette façon, la vraie nature des rapports du système normatif « droit » avec la réalité causale se dégage par un examen analytique : la notion « droit » ne s'étend par définition même que sur une *correlation normative* des conduites qui est *socialement établie*. La « positivité » du droit dans ce sens, c'est-à-dire la conformité des règles concrètes à la norme suprême et la conformité de celle-là à la résultante effective des conduites individuelles d'une société, est ainsi étroitement liée à sa validité sociale, c'est-à-dire à la résultante des appréciations individuelles de la valeur de ces conduites dans la même société. Par conséquent, une règle est de *droit positif*, si elle est partie de *l'ordre dont l'existence et la validité sont généralement affirmées dans la collectivité humaine en question*.

Les diverses constructions normatives connues sous les noms de droit Divin, de droit naturel, de droit rationnel etc., doivent être examinées sous le point de vue de leur positivité sociale. Si celle-ci se trouve donnée, la justification théologique, morale, etc., n'a plus d'importance. Les règles en

question seront du droit positif. Si, au contraire, l'ordre prétendu ne possède pas la positivité sociale — il est peut-être fort désirable, il faut peut-être combattre pour le faire triompher, mais sa positivité n'est qu'individuelle, le phénomène est purement individuel et ne peut porter le nom de droit.

Nous trouvons ainsi que le droit suppose en effet un « minimum de conformité avec la réalité », comme Kelsen l'a formulé à juste raison. Aussi l'autre postulat de l'éminent jurisconsulte, à savoir que cette conformité ne peut excéder un maximum déterminé, est parfaitement justifié. Autrement une identité serait établie entre les deux ordres, causal et normatif, une identité qui serait contraire à l'idée même de valeur. Mais quelle est donc la mesure dans laquelle cette conformité est due ? Quelles sont ses limites ? — Elles seront claires, si nous retenons le caractère social, c'est-à-dire la résultante, du droit : les éléments individuels différents qui forment sommairement la résultante, ne sont identiques ni entre eux ni avec celle-là. Au contraire, les déviations les plus nombreuses et radicales peuvent être observées dans le parallélogramme des forces. Cela est vrai pour la sphère de la mécanique, et aussi s'impose à l'égard des forces sociales. Les conduites humaines varient, leurs forces motrices sont divergentes, mais une résultante sommaire des conduites humaines peut être tracée pour tout groupement. De même l'ordre normatif valable pour les individus montre des variations innombrables ; mais la résultante de ces validités individuelles crée une abstraction sommaire — l'ordre à validité sociale. Le droit est notamment un tel ordre et les règles juridiques servent à le concrétiser. La conformité n'est exigée qu'entre la norme suprême de droit et la réalité sociale comme telle. Par contre, des conflits peuvent surgir entre la norme suprême et les idées normatives individuelles, ce qui amènera en réalité des conduites contraires aux exigences du droit. D'autre part, une règle spéciale de droit peut même se trouver en contradiction avec les convictions et l'attitude de la plus grande partie du groupement concerné. Mais tant que la source de cette règle

s'appuiera sur la reconnaissance sociale de sa validité, notre règle sera aussi implicitement comprise dans les cadres du droit positif. — Ainsi l'identité se trouve écartée, le droit échappe au maximum de conformité qui détruirait son autonomie, mais la conformité minimale est donnée.

La *positivité* de droit se rattache aux autres critères mentionnés dans les §§ précédents de la *normativité* et de la *souveraineté* pour former une construction unie à caractère bien déterminé : *un ordre des normes de la conduite humaine, dérivé d'une norme suprême à valeur absolue, qui exerce une efficacité sociale effective* (1).

La positivité du droit ainsi conçue, c'est-à-dire la conformité de toute règle juridique à sa source normative et la conformité de celle-ci aux caractères généraux de la réalité sociale, est un moyen très utile pour examiner les problèmes du droit, de la morale et de la force. La frontière entre la morale et le droit sera marquée par l'extension de l'efficacité de la norme en question (et de l'ordre dont toute norme fait partie) : si l'efficacité est purement individuelle, il s'agira d'un ordre moral, mais qu'elle influence la conduite de la société toute entière, nous aurons à faire à une règle de droit ; quant à la question de la légalité de la force, elle sera résolue dans l'affirmative ou dans la négative suivant que la société (ou l'ordre juridique de la société, une fois établi) reconnaît la validité normative de la mesure de force en question ou bien refuse cette reconnaissance. Par ce procédé, les phénomènes d'usurpation, de révolution, etc., pourront être examinés au point de vue de leur légitimité.

Reste encore une dernière question — peut-être pratiquement la plus grave : comment connaître cette vague « positivité sociale ». A cet égard il nous faut préciser qu'aucune spéculation individuelle, quelque éminent que soit son auteur, n'est pas compétente pour fournir l'indication de ce qui est positif et de ce qui ne l'est pas. En effet, par l'adoption d'une telle méthode, nous entrerions en contradiction flagrante

(1) Cf. la construction théorique analogue de M. René Capitant, *L'Impératif Juridique*, Paris, 1928, surtout pp. 163 et suiv.

avec le caractère nécessairement social du droit, exigé par définition. C'est seulement la pratique — conçue comme juridique — de l'organisme social, qui peut nous fournir le critérium recherché. En nos jours de l'organisation étatique de la société humaine, le seul indicateur de la positivité sociale d'une règle est sa consécration par l'Etat, soit dans la forme d'une loi fixée, soit dans celle d'une coutume admise.

★
★ ★

§ 5. Le droit international

Avec les critères inhérents au droit comme tel, ceux de la normativité, de la souveraineté et de la positivité sociale, il faut désormais examiner la construction du droit dit international, déterminer sa nature, étudier ses institutions, pénétrer dans ses formes et dans son contenu. Bien des problèmes s'élèveront au cours de cet examen critique, des problèmes qui peuvent être ramenés à quelques questions fondamentales, que nous essaierons de formuler et clarifier. Mais avant de poursuivre cette tâche, il faut définir la particularité de notre branche de droit ; avant de procéder à l'extension synthétique de notre connaissance du droit international, il faut dégager le sens analytique du terme de « droit international » ou de celui identique de « droit des gens ».

Nous avons déjà constaté le caractère social du phénomène juridique. Cela signifie l'existence nécessaire de relations entre les hommes, qui les transforment en un groupement, en une société. L'ordre accepté par cette société, et destiné à assurer la marche des affaires en elle, est nettement le droit de cette société. Ainsi, la société apparaît comme la cause du droit, tout comme, normativement, c'est l'ordre juridique qui unit les individus et crée la société. Parmi les autres formations sociales de l'humanité l'Etat s'élève, fort et puissant, essentiellement lié au phénomène juridique, qu'il a su mono-

poliser. Mais au delà de l'Etat particulier, est-ce que la société humaine s'arrête ? — Nullement. *L'idée* d'une communauté superétatique a été toujours vivante, ce qui menait à la construction d'une réglementation uniforme des relations extra-étatique. Mais, ce qui est décisif, la *réalité* d'une communauté superétatique ne peut non plus être déniée. Cette réalité existe et s'effectue non seulement dans le sens anthropologique, mais aussi dans la conscience des hommes et dans leur conduite. Et, puisque, causalement, la société superétatique est donnée, un droit correspondant ne peut manquer. Mais pour examiner la situation du côté normatif, il faut voir si l'idée d'un ordre juridique universel est réellement investie d'une valeur absolue auprès de la société humaine tout entière et ses représentants les plus éminents — les Etats ? — A ce point il faudra reconnaître que le cercle unique des règles de conduite qui a su trouver la positivité sociale effective, c'est le cercle étatique. Cela veut dire que c'est seulement à l'Etat, et non pas à un organisme plus large, que la compétence de créer du droit est socialement attribuée. Ainsi la chaîne causale amène à un système interétatique, tandis que l'ordre normatif positif s'arrête à l'Etat. On peut presque affirmer que le droit international ne correspond pas à la réalité internationale, que même le minimum de conformité n'y peut être trouvé, puisque la réalité internationale est évidemment formée par *l'interdépendance* mutuelle des Etats, tandis que le droit international de nos jours part de la supposition de leur *indépendance*. Cependant une telle affirmation ne saurait être exacte : si le droit international moderne est efficace, s'il n'est pas encore écarté par la réalité contraire, c'est que la réalité n'est pas contraire, que l'idée des Etats souverains est encore plus efficace que celle de l'unité universelle.

Toutefois, l'Etat isolé est devenu causalement inconcevable ; des relations interétatiques s'imposent impérieusement et donc leur réglementation, le droit international, apparaît nécessaire. Plusieurs auteurs s'arrêtaient devant cet obstacle, ne pouvant pas concilier la nécessité causale du droit international avec la liberté formelle des Etats particuliers. Les

confusions qui s'ensuivirent dans la doctrine sont innombrables. Il faut savoir gré à *Jellinek* de l'explication exacte de notre phénomène, qu'il nous a donnée. Après avoir constaté que, en droit, tout Etat particulier est l'autorité juridique la plus haute, il continue : « La communauté des Etats s'élève, sur la base d'une civilisation commune et d'intérêts communs ; produite par l'ensemble de l'évolution historique, elle est autant indépendante de la volonté de ses membres particuliers, que la persistance de l'Etat l'est de la volonté consciente des individus y dirigée.... Nous appelons une communauté toute institution poursuivant les buts constants, nécessaires et communs d'une pluralité de personnes. La donnée essentielle d'une communauté est donc la pluralité des personnes ayant des buts qui ne peuvent pas être atteints par la volonté isolée du particulier. Au dedans de cette notion large de communauté se trouve la notion plus étroite de l'organisme commun : communauté organisée, possédant une volonté propre au-dessus de la volonté des membres. Cette notion plus étroite ne s'adapte pas à la communauté des Etats. Celle-ci n'est pas un organisme commun, elle est seulement une communauté. Il paraît superflu d'insister sur le fait que les Etats civilisés sont nécessairement membres de cette communauté. Il faut attribuer la souveraineté à l'Etat moderne, mais on ne peut pas lui attribuer l'autarchie (1) ».

(1) *Jellinek, System der subjektiven oeffentlichen Rechte, Freiburg 1892, p. 298.* L'analyse si fine est évidemment inspirée des idées de Rousseau, et son application au phénomène du droit international est très utile. A propos de la traduction des termes allemands il faut observer que tandis que le mot français « communauté » correspond exactement à l'expression de *Gemeinschaft*, employée par *Jellinek*, il nous paraît à peu près impossible de traduire littéralement le mot allemand de *Gemeinwesen*, dont la signification habituelle est *res publica* ou *commonwealth*. Ici, toutefois, cette expression est choisie pour marquer que la communauté comme telle forme un *Wesen*, un être spécifique, indépendant de ses membres. Nous transmettons cette idée par l'expression « organisme commun ».

Par la suite, *Jellinek* entre quelquefois en contradiction avec la conception précitée, mais en somme son système de droit international est un des plus clairs, des plus remarquables que la doctrine nous ait fournis. Nous aurons encore souvent recours à lui.

Parmi les auteurs récents, nous citerons de Louter, *Le droit international public positif*, Oxford 1920, Tome I, lequel, avant de retomber dans les fautes habituelles, commence son ouvrage par des idées très saines : « Le droit, c'est-à-dire la totalité des droits et devoirs réciproques, qui régissent les rapports mutuels des Etats indépendants, avec tous les principes et toutes les institutions qui en dépendent. C'est-à-dire qu'il implique : a) des Etats indépendants ; b) des rapports réciproques entre eux ; c) la nature éthique de ces rapports, inséparable du caractère juridique... » (p. 1). « Le droit des gens, ou droit international, est une suite

Les relations interétatiques étant inévitables, leur règlement apparaît également nécessaire. Cette assertion n'expose nullement les principes d'un tel règlement, ni ses formes et institutions. On peut imaginer trois formes différentes de cet ordre : l'une, ignorant le phénomène artificiel de l'Etat, se dirigerait vers les individus qui constituent la réalité la plus évidente de la vie sociale. En établissant des règles obligatoires pour la conduite des individus, en prétendant pour ces règles à un champ de validité plus large que celui de l'ordre étatique, notre ordre serait international, interétatique dans son extension, mais extra-étatique, extra-national dans son

naturelle, et par là nécessaire, de la formation des rapports internationaux. Il ne diffère pas sur ce point du droit en général. Dès que les hommes se rencontrent et nouent des relations, le droit naît... (p. 5). « C'est seulement entre les groupes ou les Etats qui ont une origine commune et présentent des caractères, soit communs, soit proches, de langue, de religion, de mœurs et de coutumes, que des relations peuvent se nouer. Ici couvent les germes d'un droit international, parce que les Etats ne sont pas des forces abstraites de la nature, mais des groupes d'hommes doués d'aptitudes intellectuelles et morales ». (p. 7). « Les personnes du droit international sont des Etats indépendants qui, ne reconnaissant point d'autorité au-dessus d'eux, règlent exclusivement leurs rapports réciproques par des actes de leur seule volonté ». (p. 11). Par conséquent, de Loutet, tout en insistant sur la nécessité historique du droit international, parle avec raison du « droit international né de la libre volonté des Etats ». (p. 11).

Une construction juridique analogue est à trouver chez Heilborn, *System des Völkerrechts*, 1896, notamment p. 370. Fauchille, *op. cit.*, fournit une définition excellente : « La notion du droit international suppose ainsi, en réalité, le concours de trois éléments : 1. la coexistence de plusieurs Etats autonomes ; 2. le fait de relations extérieures, réglées et permanentes, entre les Etats autonomes ; 3. la volonté de ces Etats de se reconnaître mutuellement comme sujets du droit dans les limites de leur communauté ». (p. 10 et suiv). Il objecte en même temps à l'habitude de « confondre le fondement, la base du droit avec ses sources ». (*ibid.* loc. p. 6)..

Il faut savoir gré à Cavaglieri d'avoir dégagé le problème avec une clarté exceptionnelle : « ...tout le monde est d'accord pour reconnaître que l'origine des règles juridiques est dans la volonté des Etats manifestée par des traités et des coutumes uniformes ; cependant la plupart considèrent qu'il faut également accorder au fait de la coexistence des Etats, aux besoins et aux aspirations qui en dérivent, à la conscience juridique internationale, aux apports de la science, la part d'égards à laquelle ils ont droit. Ils ne les reconnaissent pas comme des facteurs essentiels, bien qu'indirects, du droit international ; ils les rangent tout simplement parmi les sources formelles de ce dernier, d'où ils font découler des idées et des principes auxquels l'absence de toute consécration de la part des puissances ôte toute espèce de valeur objective et juridique ». (*La conception positive de la société internationale, Revue Générale*, vol. XVIII, 1911, p. 260 et suiv.).

Cf. aussi Nippold, *Der Völkerrechtliche Vertrag*, 1894, p. 15 : « Das Völkerrecht ist gewiss keine Sache des Zufalls. Aber die inneren Gründe seines Vorhandenseins sind kein Gegenstand der rechtlichen Betrachtung ». P. 18 : « Wir verstehen unter Recht, positivem Recht, geltendem Recht — lauter identischen Begriffen — den Inbegriff derjenigen Normen, die tatsächliche Geltung haben, weil sie der erklärte Wille der rechtsschaffenden Autorität sind ».

Tout récemment, Mirkine-Guetzévitch a pu constater l'unité de tout droit public, interne et international, qui va en croissant. Cette constatation, consciemment limitée au « point de vue historique », ne peut être que vivement soutenue. V. *Les tendances internationales des nouvelles Constitutions européennes*, dans l'*Esprit International*, 1928, p. 537.

essence. L'ordre étatique n'y serait compté pour rien, les règles étatiques n'y seraient pas considérées comme étant en vigueur. Evidemment l'Etat réagirait de la même manière, en ignorant cet ordre « international ». L'individu, sujet aux exigences de son droit étatique, se trouverait en face d'un conflit de deux ordres, prétendant tous deux à son obéissance. Il suffit de formuler cette hypothèse, pour démontrer clairement qu'un tel ordre, renonçant à toute liaison aux Etats, resterait tout à fait inefficace dans la société d'aujourd'hui, étant donné qu'elle est strictement dominée par les Etats. Cette réflexion à elle seule exclut un tel ordre extra-étatique au delà de notre définition de droit positif et rend superflu tout examen de l'hypothèse envisagée.

La seconde forme d'un règlement interétatique pourrait consister dans la position d'un ordre superétatique. La doctrine a souvent favorisé ce point de vue, et nous aurons à nous occuper de lui. Toutefois il y a lieu de souligner que les Etats se refusent à reconnaître une autorité quelconque supérieure à eux. Par la prétention que l'ordre international exerce une telle autorité on se mettrait donc aussi en opposition avec la conception juridique des Etats, et cette opposition signifierait, hélas, l'inefficacité complète de l'ordre opposé !

Reste la troisième forme du règlement des relations in-étatiques — leur règlement par les Etats. Cela représente parfaitement l'état moderne du droit international, universellement positif. Mais la reconnaissance de cet état implique la liberté normative de tout Etat de fixer les règles de sa conduite à sa volonté. Nous voyons ainsi que la supposition d'un droit international ne contrarie aucunement la souveraineté des Etats particuliers, mais apparaît, au contraire, issu de cette souveraineté.

Il s'agit donc d'une branche de droit qui vient de régler les rapports mutuels des Etats en vertu de leur compétence. Ce droit, issu de la souveraineté étatique, est donc un droit étatique lui-même. On doit, dès lors, rejeter par des raisons logiques la conception qui va construire la distinction entre le droit étatique et le droit international. Le dernier n'est

qu'une branche du premier. On peut formuler que le droit international est un droit externe, par opposition aux autres branches du droit étatique, qui sont du droit interne, mais cela seulement à condition que les termes « externe » et « interne » soient compris comme indiquant le domaine d'application de la branche juridique, et non point comme fixant l'autorité de base. Nous dirons donc que le droit interne de l'Etat A s'occupe du règlement des relations parmi les personnes soumises de droit à son pouvoir, tandis que son droit externe, notamment son droit international, s'occupe de la réglementation des relations avec des personnes juridiques qu'il reconnaît indépendantes de lui.

La notion hégélienne du droit international comme du droit public externe se trouve ainsi reconstituée. Malgré les protestations de la doctrine, cette définition reste vraie tant que la souveraineté étatique est conservée (1).

Un tel droit public externe sera donné sans aucun doute lorsqu'il s'agit d'une règle en matière internationale, édictée dans un Etat particulier par un des procédés juridiques à lui propres. Mais la situation présente plus de difficulté lorsque la même règle se trouve en quelque manière liée à plusieurs systèmes étatiques. Cela peut être le cas d'abord, si les règles à contenu analogue font partie du droit positif de plusieurs Etats. Alors le contenu de la règle se présentera, du point de vue de l'étude de droit comparé, comme du droit simultanément. La base étatique, unilatérale, de la validité de la règle ne sera aucunement changée. On pourrait seulement assigner à la règle en question un domaine d'application plus large, excédant les compétences d'un seul Etat et en embrassant plusieurs. On trouvera établie une certaine « communauté de

(1) Pour la conception hégélienne, V. Hegel, *Rechtsphilosophie*, §§ 330-339. Cette théorie n'a nullement ce caractère politique, tendant à la glorification de l'absolutisme étatique, qu'on lui attribue généralement. Hegel établit le principe que les Etats doivent se respecter mutuellement, avec toutes les conséquences qui en découlent. Il constate, ensuite, l'absence d'une instance supérieure et déclare donc que la volonté des Etats doit être reconnue décisive, d'une manière formelle. Quand même, il cherche à construire une autorité supérieure, et si ce n'est pas possible dans le monde positif, il fait recours au monde métaphysique : « Der höhere Praetor ist allein der allgemeine an und für sich seiende Geist, der Weltgeist ».

droit » dans le sens strictement matériel, qui s'étend sur la relation sociale réglée d'une manière identique.

Une autre hypothèse est celle où le lien de communauté unissant le droit en vigueur dans plusieurs Etats ne se borne pas à l'identité matérielle, mais présente certains traits d'une parenté formelle. Ainsi les règles issues d'une observation coutumière plus ou moins répandue, ou celles fixées par une convention internationale. Nous aurons à examiner les phénomènes du droit international coutumier et conventionnel pour décider sur le point de savoir s'il est possible d'y trouver des traits essentiels additionnels à celui que nous venons de dégager. Il s'agit surtout de rechercher en quelle mesure la « communauté » d'une partie considérable des règles internationales préjudicie au caractère étatique et unilatéral de notre discipline.

Enfin indépendamment des solutions de détails, il faut insister sur le fait que le droit international, bien que tendant à juste raison à une fixation commune, a sa base dans les souverainetés particulières. Par conséquent, si l'on peut discuter l'existence d'un droit international « général » dans le sens arithmétique d'une adhésion unanime des Etats à ses règles, si l'on peut parler du droit « universel » dans le sens géographique d'un domaine d'application maximum d'une disposition matérielle. — il faut toujours avoir en vue que, dans le sens formel, ce droit, comme tout autre droit étatique, reste attaché à sa source particulière et se présente, dès lors, comme un droit particulier. La codification internationale amène seulement à l'identification des droits internationaux particuliers ; les spéculations sur le droit « général » ne sont que du *droit comparé en matière internationale*. La portée de telles études est éminente, à condition qu'on ne les exagère pas.

Il serait permis de citer la sentence d'un juge américain distingué qui a fait une constatation remarquable à propos du droit commercial, mais que l'on peut appliquer avec la même raison au droit international :

« By whom is a general commercial law prescribed, and what tribunal has authority or recognition to declare or enforce it outside of the local jurisdiction of the government it represents ? Even the law of nations, the widest reaching of all, is a law only in name. It has but a moral sanction, and the only tribunal that undertakes to enforce it is the armed hand, the *ultima ratio regum*. The so-called commercial law is likewise a law only by name. Upon many questions arising in the business dealing of men the laws of modern civilized States are substantially the same ; and it is therefore common to say that such is the commercial law, but, except as a convenient phrase, such general law does not exist. There must be a State or government, of which every law can be predicated, and to whose authority it owes its existence as law. Without such sanction it is not law at all ; with such sanction it is law without reference to its origin, or the concurrence of other States or people. (1) »

Ces maximes fondamentales, dégagées d'une manière analytique, seront à appliquer lors de l'examen de la source et des sujets du droit des gens. Cette confrontation avec la réalité fournira la preuve de leur exactitude.

(1) Mitchell J., *Forepaugh v. Railroad Co.*, Supreme Court of Pennsylvania, 1889. Cité d'après Beale, *Cases on the Conflict of Laws*, Vol. I, p. 137. Cf. aussi la citation de Wenzel, *infra*, p. 115. Il ne faut pas être effrayé par la remarque du savant juge que le droit des gens est un droit seulement de nom. Le contexte nous montre que cette observation concerne seules les règles qui prétendent faire partie du droit des gens sans qu'un Etat quelconque y eût adhéré.

CHAPITRE II.

LA SOURCE

§ 6. La Source juridique

Lorsque nous nous trouvons, en droit, en présence d'un système bien établi, il est relativement facile de connaître son contenu exact. Les procédés de codification, d'une part, l'énoncé des précédents, de l'autre, rendront possible la connaissance de telle ou telle règle qui en fait partie. Si une difficulté s'élève, c'est non pas, en général, parce que le *contenu* des règles reste douteux, mais parce qu'il n'est pas certain que tel ou tel contenu représente véritablement une règle en vigueur. Le degré de certitude sur ce point est la vraie mesure d'un système bien ordonné.

Le problème que nous venons d'indiquer provient de ce que la conduite humaine est l'objet commun de plusieurs systèmes normatifs qui ont tous en vue de la réglementer. Et, si l'on se trouve devant une conduite déterminée qu'il s'agit d'apprécier, des règles y relatives ne manqueront jamais. Les règles de droit proprement dit ne représentent qu'une partie bien exigüe de toutes ces normes. Or, pour procéder à l'examen juridique d'un fait, il nous faut dégager clairement la règle de droit y relative. Quels sont donc les éléments qui précisent la qualité juridique d'une règle ? On voit bien que ce n'est pas « l'existence » de la règle en question qui importe.

Chaque règle affirmée par quelqu'un a une existence, ne consistât-elle que dans l'affirmation subjective pure et simple. Même la positivité sociale de la règle ne suffit pas encore pour la transformer en une règle de droit. Ce qui importe c'est justement de prouver que la règle a valeur pour le système particulier de droit que nous avons une fois adopté. Pour prouver ce point, il faut posséder une connaissance profonde de l'essence de ce système, dont découlera le rattachement des règles particulières. Il faut savoir la raison pour laquelle une règle fait partie du système juridique. Or, si nous généralisons la question, nous parvenons au problème : comment et par quoi le système juridique est-il formé ?

Une autre difficulté bien fréquente se présente en ce qui concerne la concurrence de règles juridiques contradictoires qui prétendent toutes faire partie du droit en vigueur et devoir être appliquées dans le cas concret. S'il y a un sens quelconque dans le terme de « système » « d'ordre » juridique, il consiste à impliquer que dans une hypothèse donnée une seule règle est valable. Il s'agit donc de trouver les principes juridiques qui délimitent le champ d'application de règles concurrentes. Mais, en poursuivant ce problème, nous reviendrons une fois de plus à la question de l'autorité essentielle et créatrice du système, de sa source.

Lorsqu'on parle des sources juridiques on envisage souvent certaines manifestations de l'activité créatrice de droit, ainsi, en droit interne, les coutumes et les lois. Cependant, le caractère juridique de la coutume ne résulte pas du simple fait de l'observation d'un usage, mais plutôt de la conviction de sa nécessité juridique, de la *necessitatis opinio*. La force juridique de la coutume réside donc dans une autorité autre que l'usage lui-même. On ne pourra donc qualifier la coutume de source juridique, mais on devra remonter à la « conviction » spécifique, dont le caractère juridique prétendu équivaut à la présomption d'une autre source valable.

D'autre part, la loi, tout en représentant, par rapport à un jugement ou à un arrêté administratif, une autorité plus élevée, a besoin, à son tour, d'être appuyée par une autorité plus

grande encore. C'est ainsi que les lois doivent être conformes, dans la plupart des Etats civilisés, aux dispositions constitutionnelles où elles puisent leur force juridique. Et même les Constitutions, représentant le degré suprême des dispositions juridiques positives, ou les lois ordinaires dans les pays sans Constitution formelle, ne sont valables et positives que si elles sont conformes à une conviction juridique déterminée, présumée de droit et efficace dans la société en question. Cette conviction juridique, *Rechtsbewusstsein*, si et tant qu'elle est effective dans une société, établit la validité de la Constitution respective, c'est-à-dire du système juridique tout entier. Le principe de cette conviction — la norme fondamentale de Kelsen — apparaît précisément comme la source de tout système de droit, comme justifiant — dans le sens objectif du mot — sa validité. Pour qu'un système devenu une fois positif dans une société quelconque perde sa validité, il faut que la source, la norme fondamentale de ce système, s'écroule. Cela veut dire que l'ensemble de la réalité sociale se modifie d'une façon durable à tel degré que la norme présumée ne peut plus être vraisemblablement présumée comme étant à la base de la conduite humaine dans cette société (1). Tant que la norme fondamentale reste positive, les règles dérivant d'elle, c'est-à-dire, puisant leur validité juridique en elle, doivent être considérées comme valables (2). L'échelle de ces règles dérivées sera formée par la Constitution (au moins dans le sens matériel), les lois ordinaires, les sentences judiciaires et les arrêtés administratifs de différent ordre, et, enfin, les actes exécutifs individuels (3).

Dans la recherche de ce principe directeur de la conviction juridique, il n'est pas nécessaire d'aller bien loin pour voir que dans l'état moderne de la civilisation, c'est le *phénomène de l'Etat* qui fournit l'expression totale du système juridique. *L'Etat est un ordre autoritaire à force coercitive*. Cette défi-

(1) Tel est le sens de l'expression de Kelsen que la norme fondamentale est *ein brauchbares Schema für das menschliche Verhalten*.

(2) Cf. Akzin, dans la *Revue de Droit Public*, 1928, pp. 697 et suiv.

(3) C'est l'ordre logique qui est décrit ainsi. Historiquement, l'ordre de formation des règles juridiques peut être tout différent. La tendance générale dans l'histoire de droit est même inverse : le droit commence par des règles concrètes, individuelles, et monte ensuite vers une abstraction et généralisation croissantes.

nition établit la nature de l'Etat pris comme base de la structure juridique de la société humaine ; l'Etat est un *ordre*. Son *essence* est d'*ordonner* une conduite déterminée, soit en autorisant, soit en prohibant l'accomplissement de certains faits. Il est *autoritaire*. Indépendamment de la nature des relations des particuliers entre eux, même indépendamment du principe autocratique ou démocratique de la distribution des pouvoirs, les rapports entre les particuliers et l'Etat — ou ses organes — sont de *subordination*. Cette subordination n'est pas envisagée socialement comme un simple fait, comme un coup de force, mais se voit attribuer généralement une valeur appelée juridique. La subordination à l'Etat apparaît justifiée par l'idée de droit, elle s'effectue *en vertu de l'autorité de l'idée de droit*, laquelle sanctifie en quelque sorte l'institution même de l'Etat. L'Etat a, enfin, *force coercitive*. Il existe socialement. Il est efficace ; son autorité est appuyée par des moyens de contrainte effectifs ; il possède les moyens d'assurer et d'imposer aux récalcitrants son existence sociale. Il se présente non seulement comme une idée normative, mais aussi comme un pouvoir causal.

L'Etat sert à personnifier le droit. Une norme est abstraite, l'Etat en est l'instrument et l'appareil. C'est par lui que toute règle s'approche de sa réalisation, en se rattachant à un organe chargé d'assurer son observation. Depuis la norme fondamentale représentée par l'ensemble de l'organisme étatique, symbolisée par le « souverain », jusqu'au dernier détail de l'application ou de l'élaboration d'une règle de droit, tout le système normatif du droit est transcrit dans les termes du système de l'Etat. Toute règle juridique devient une fonction étatique, confiée, sous des formes variables, à des hommes différents par le procédé spécifique de la délégation (1). L'Etat est la personnification du droit organisé.

Etant compris comme un ordre existant et socialement

(1) La doctrine française reproche à la doctrine allemande l'exagération excessive du rôle de l'Etat. Dans cette forme générale, le reproche n'est pas justifié. Bien avant Hegel, Cicero, Macciavelli et Bodin ont approfondi l'idée de la primauté logique de l'Etat dans la structure juridique de la société humaine. Quant à la formation historique du droit, l'école allemande, en suivant les traces de Gierke, n'a nullement négligé le rôle des corporations et d'autres facteurs sociaux.

Le reproche est cependant justifié à un autre égard : en ce qui concerne l'extension des fonctions étatiques non seulement dans le domaine social, mais aussi dans

effectif, l'Etat, et donc le droit personnifié par lui, doit s'exercer d'une manière certaine dans le temps et dans l'espace, mais surtout dans le milieu d'individus — objets de sa réglementation. Quant au temps, les règles du droit étatique sont en général d'une durée indéterminée. L'ordre étatique prétend à une validité incessante ; il ne s'écroule que devant une force majeure sociale, le plus souvent — devant l'établissement effectif d'un ordre étatique remplaçant. Le principe qui régit l'extension temporelle de l'Etat est donc celui de l'effectivité (1).

En ce qui concerne l'espace de l'ordre étatique, il était autrefois déterminé par l'effectivité du pouvoir exercé sur la population en question, de manière que les frontières n'étaient pas trop rigidelement fixées. Depuis, la tendance vers la rigidité des frontières s'est augmentée, et l'espace d'un Etat est en règle générale limité par les frontières des Etats limitrophes. L'espace situé au dedans de ces frontières, c'est-à-dire exclu de l'ingérence immédiate de tout autre Etat, constitue le territoire. Les changements intervenus au dedans du territoire une fois acquis, s'ils n'aboutissent pas à des révolutions triomphantes, ne suffisent pas à eux seuls pour mener à une modification correspondante des frontières. Même la règle internationale la plus générale dans cette matière, l'art. 19 du Pacte de la Société des Nations, laisse aux Etats particuliers une liberté complète au point d'accepter ou de refuser l'invitation éventuelle « à procéder à un nouvel examen des traités inapplicables ainsi que de situations internationales ». L'examen formel peut d'ailleurs être accompli sans que la décision matérielle soit préjugée. — Le seul vestige du principe de l'efficacité en ce qui concerne le territoire d'un Etat reconnu se maintient de nos jours par rapport à l'acquisition originaire des territoires nouveaux, notamment en Afrique (2).

le domaine individuel. Il faut reconnaître que l'Etat allemand moderne conserve plus de ressemblance avec le *Polizeistaat* de Frédéric II que la Troisième République n'en garde avec le régime de réglementation minutieuse de Louis XIV. La théorie juridique allemande soutient, de manière générale, cet état de choses.

(1) Kelsen, *La naissance d'un Etat*, dans la *Revue de droit international* (A. de Lapradelle), avril-mai-juin 1929.

(2) L'acte de Berlin, 26 février 1885, art. 34 et 35.

Pour le développement de la notion de la frontière, v. P. de Lapradelle, *La Frontière*, Paris 1928, notamment p. 25.

Mais ce problème, encore important à la fin du dernier siècle, n'a plus d'intérêt aujourd'hui.

Quant aux hommes, objets immédiats de l'ordre étatique, ils sont déterminés plus ou moins fermement en conséquence de leur statut personnel (*ius soli vel sanguinis*) ou de leur statut territorial (en vertu de l'*imperium* territorial de l'Etat du séjour).

D'après les points de vue adoptés, on peut classer le droit étatique d'une manière différente. On parlera du droit objectif et subjectif, du droit public et privé, du droit central et local. Dans toutes ces classifications un moment restera toujours immuable — c'est la source unique de tout droit, qui repose dans l'autorité de l'Etat. En vertu de cette autorité juridique suprême, certains actes attribués à l'Etat sont qualifiés pour créer, déroger et modifier le droit en vigueur. C'est précisément l'unité de la source qui crée l'unité du système tout entier ; c'est toujours la même source unique qui permet de résoudre les conflits qui surgissent à l'intérieur du système de droit. A la base de l'attribution de la qualité juridique à une règle de conduite se trouve toujours un acte d'autorisation étatique.

A côté d'autres points de vue, on classe le droit en droit interne et en droit international. Quel est le sens de cette division ? Deux hypothèses sont seules possibles : ou bien le droit international est un droit extra-national, extra-étatique, dont la source, à l'inverse du droit interne, ne réside pas dans l'institution de l'Etat, ou bien le droit international est un ensemble des règles spécialisées en vue de relations spécifiques « internationales », correspondant aux autres branches de droit qui s'occupent chacune d'une sphère déterminée des relations sociales, mais dont la source réside toujours dans les systèmes étatiques particuliers.

Il importe de procéder à l'examen des sources prétendues du droit international autres que la volonté étatique, et à vérifier leur portée exacte.

§ 7. — Les Principes généraux

Depuis le temps où l'on a essayé d'établir un ordre juridique excédant les limites d'un seul Etat particulier, on a cherché la solution de ce problème dans l'idée du droit naturel. L'argumentation partait de l'idée de la nécessité du droit dans chaque société humaine. Le *ius ex necessitate* s'imposait automatiquement, en dehors de toute législation, par le seul fait de l'existence des relations entre hommes ou entre groupements d'hommes. Puisque les groupements dits Etats entretenaient des relations, un droit spécifique devait les régir. En quête d'une justification assez autorisée, les quelques règles de ce droit prétendu inclinaient tantôt vers une source divine, tantôt vers la raison humaine. La caractéristique de ce droit nécessaire est que les Etats ne peuvent pas lui refuser leur reconnaissance ; comme il naît indépendamment d'eux, son existence et sa validité ne dépendent pas non plus de leur volonté.

Le contenu de ce droit nécessaire a été maintes fois l'objet de controverses doctrinales. Ses principes directeurs ont été formulés bien différemment, de manière que nous ne pouvons aucunement les fixer avec exactitude. Cependant, certains d'entre eux ont trouvé l'appui de la quasi-unanimité des auteurs, tels l'égalité des Etats, le respect des traités et l'immunité des représentants diplomatiques. Ces trois principes, hors de doute, et plusieurs autres, mis encore en doute, forment le droit nécessaire à valeur universelle, qui s'impose à tous les Etats — d'après la doctrine de droit international depuis Vitoria jusqu'à J. B. Scott. Tout ce que les Etats vont réglementer par voie d'accords n'entre en compte qu'en seconde ligne et forme le droit *volontaire* qui va supplémenter, quant aux détails, l'ordre naturel.

La conséquence d'une telle conception est que le droit conventionnel doit se conformer à sa source, au droit naturel. En effet, on a souvent prétendu qu'un traité établissant une relation juridique déterminée entre deux Etats est nul, si les

obligations stipulées par lui vont à l'encontre d'une règle du droit naturel. Ceci est plus qu'une simple prétention : nous avons à faire à une maxime impérieuse, dérivant de l'essence même de la conception du droit naturel.

Certains auteurs cachent cet ordre des idées sous différentes expressions. On parle ainsi des principes généraux du droit international commun, de la justice ou de la morale internationales, de l'équité, de la conscience juridique des peuples civilisés, etc. Mais la doctrine internationaliste la plus récente a démasqué ces expressions et a constaté à juste raison la renaissance de l'idée du droit naturel. En effet, aucune institution positive du monde politique n'est jamais reconnue par les auteurs en question comme source de ces « principes généraux », de la « conscience juridique » ou de la « justice internationale ». Et cette circonstance n'est pas un pur hasard : il n'en peut être autrement, car par la supposition d'une institution concrète comme source de ces règles, on obtiendrait un nouveau système *positif*. On ne serait plus en présence des principes généraux ou d'une justice internationale, mais aurait un ordre bien établi, strictement fixé, dérivé d'une autorité concrète. Et alors on retrouverait la faculté d'opposer les règles de cet ordre aux exigences de l'idée de droit ou de justice, telle qu'elle est conçue dans la pensée de chaque auteur en particulier.

La véritable portée du droit naturel dans toutes ses formes consiste en ce qu'il est « naturel » à chacun de ceux qui le prétendent ; qu'il s'agit de l'expression de l'idée subjective de chaque individu sur le *ius ferendum*, qui se couvre du manteau objectiviste d'une règle naturelle. En vérité le fait que cette conception se refuse à investir toute autorité étrangère de la compétence à connaître le droit naturel sous le prétexte qu'elle serait trop volontaire, trop subjective, s'explique par la nécessité de conformer le contenu de ce droit exclusivement avec la conception propre à la personne intéressée. Sous le masque d'une universalité entière et d'une objectivité complète, le droit naturel est la conception subjectiviste par excellence. Comme telle elle reste l'idéal de chaque individu,

tendant à l'identité des buts posés et sanctionnés par la société organisée avec la conviction juridique personnelle.

Cependant le rôle essentiel du droit est d'organiser la société humaine d'une façon objective et générale. Les normes juridiques, en assurant aux individus les diverses sphères de leur activité, sont les moyens de cette organisation. Au surplus, le droit a la tendance d'atteindre une organisation de plus en plus complète. Tous ces buts ne sont aucunement réalisables, si le droit n'exerce qu'une efficacité purement individuelle. Bien au contraire, la nécessité s'impose de fixer des organes déterminés, auxquels la création et la réalisation des règles juridiques serait confiée. De plus en plus, au cours de l'histoire, la conception personnelle des individus non-organisés perd son importance, et la conception des représentants de la collectivité organisée s'avance. Ceux-ci ont compétence pour fixer, poser d'autorité le droit objectif de la société. Dans la plupart des cas, des règles spéciales sont élaborées, qui fixent d'avance le droit objectif pour toute circonstance pratique qui pourrait naître. Mais, même dans le cas où, comme en Angleterre, un principe indéfini, comme l'équité, est destiné à régir les situations nouvelles, c'est toujours une personne déterminée, le juge, qui se trouve investie du pouvoir exclusif de fixer les exigences de l'équité (1). Ici, c'est le droit objectif qui consacre de son autorité la conception subjective d'un de ses organes (d'ailleurs, dans les limites assez rigoureuses des lois et des précédents). Nous trouvons ainsi que le droit naturel, l'expression simpliste de la conviction juridique personnelle, est actuellement privé de toute force positive dans les systèmes de droit en vigueur.

Mais lorsqu'on envisage le domaine du droit international, on se trouve souvent devant l'argumentation suivante : le droit international, dit-on, n'est pas encore évolué dans la même mesure que le droit interne. Loin d'atteindre, comme ce dernier, l'état d'organisation, il se trouve plutôt dans un

(1) Une telle délégation de compétences quasi-législatives est prévue, pour le cas de l'insuffisance de la loi écrite, même dans les Etats à droit codifié, sans porter préjudice au caractère étatique du droit. Cf. le Code Civil français, art. 4, et le Code Civil suisse, art. 1^{er}.

état non-organisé. Il faut tenir compte de cette situation et ne pas exiger une autorité supérieure aux Etats. Les organes de la communauté actuelle du droit des gens, qui n'est que primitive, sont seulement les Etats eux-mêmes.

En effet, il faut tenir compte de la situation non-organisée de la communauté du droit des gens ; seulement les conséquences qui en découlent sont beaucoup plus importantes. La non-organisation de cette communauté, tout en étant, du point de vue de l'histoire, un phénomène accessoire et temporaire, est cependant essentielle pour la structure intérieure de ce droit et pour son fonctionnement. Ce ne sont pas seulement les organes distincts de la réalisation du droit qui lui manquent ; il en est un défaut plus important : celui d'une autorité créatrice de droit pour la communauté toute entière. L'état non-organisé, la souveraineté des Etats maintenue dans la politique aussi bien que dans la jurisprudence internationale malgré les protestations de la doctrine, s'opposent à ce qu'un corps déterminé édicte des règles juridiques à valeur positive universelle.

Mais dans ce cas, qu'est-ce qui reste de cette communauté ? — Comme il a été démontré dans le § 5, la communauté du droit international ne s'effectue que socialement, tandis que, en droit, il n'existe point de communauté, mais seulement des ordres étatiques souverains qui fixent mutuellement leurs situations juridiques. Si l'on veut, on peut même sanctionner cet état des choses au nom du droit naturel, en traçant une analogie entre l'individu dans le groupement et l'Etat particulier dans le système international : l'un comme l'autre est son propre législateur dans un ordre juridique naturel. Cet ordre, déjà mort pour l'individu, vit encore pour l'Etat. Cependant nous n'insistons pas à qualifier ce droit de naturel, puisque toute autre conception de droit pourrait apparaître aussi naturelle à son adhérent, et, enfin, la validité actuelle du droit international étatique est déterminée par sa positivité, indépendamment de toute relation au problème de sa conformité au droit naturel.

En tout cas, il est clair, qu'à défaut d'une autorité qua-

lifiée pour fixer le droit universel, il devient impossible de déterminer le contenu de ce droit. Voilà pourquoi les « principes généraux » sont restés tellement vagues et imprécis, qu'un essai de les appliquer ne servirait à rien. (1) D'ailleurs, non seulement l'application de ces principes, mais même leur fixation exacte présente des difficultés qui n'étaient pas encore surmontées. On a souvent tenté de construire un système de règles fondamentales qu'on prétendait être édictées par l'autorité immédiate de la communauté internationale et s'imposant, en qualité de Constitution de la communauté internationale, aux Etats particuliers. Les formules données à ces règles fondamentales par les auteurs différents sont tellement vagues, tellement variables et même tellement inadéquates à la réalité juridique, qu'il est impossible de les considérer autrement que comme une fiction juridique utile à embrasser et expliquer l'ensemble des règles internationales. Les efforts de la doctrine dans cette direction ont été longtemps formulés comme une recherche des « droits fondamentaux des Etats », recherche à juste raison répudiée par Jellinek : « Les fonctions qui résultent directement de la nature et des buts de l'Etat se transforment... en apparence en droits internationaux des Etats... On a établi un catalogue des droits fondamentaux internationaux des Etats, qui ne contient cependant qu'une grosse tautologie. Car il n'énonce rien d'autre que ceci que l'Etat a le droit d'être un Etat... Tous ces droits apparents signifient seulement certaines directions de l'activité étatique, libre des règles internationales restrictives et des revendications basées sur elles (2) ».

M. Le Fur réduit le nombre des règles fondamentales à trois, dont deux sont moins essentielles, pouvant être dé-

(1) Ainsi Lawrence, *The principles of international law*, 1923, 7^e éd., p. 11, en examinant l'application du droit des gens par les Etats, dit : « Do they appeal to precepts deduced from the consideration of absolute rights antecedent to custom and law, or to rules which can be shown to have been adopted in similar circumstances by all or most states ? A slight acquaintance with the history of international transactions will show that the latter alternative is the one adopted with something approaching to unanimity... Very seldom do we find nothing but appeals to natural right, or innate principles of justice and humanity. Sometimes such references are used to clinch an argument otherwise well driven home, but more often they bolster up a case for which little support can be found elsewhere ».

(2) *Op. cit.* p. 302.

duites de la première ; ce sont « l'obligation de réparer tout préjudice injustement causé » et « le respect de l'autorité ». (1) Mais la règle de base par excellence est pour lui « l'obligation de respecter les contrats librement conclus. Il s'agit, bien entendu, de contrats honnêtes, passés conformément à la morale, en dehors de laquelle les contrats ne sauraient être obligatoires, et parfois même il peut y avoir obligation de ne pas les exécuter. » (2) Déjà la limitation de l'obligation du respect des contrats à ceux librement conclus est susceptible de soulever un orage dans la sphère des relations internationales, puisque le critérium de la « libre » conclusion, que notre savant auteur a omis de fournir, est en effet une matière essentiellement équivoque. Il suffirait de mentionner que les Traités de Versailles, de St-Germain, de Trianon et de Neuilly, documents les plus importants du droit international contemporain et sources des institutions internationales les plus significatives de nos jours, sont assez souvent entachées de doutes sur le point de la « liberté » de leur conclusion. En ajoutant encore l'exigence que les contrats en question soient « honnêtes » et « passés conformément à la morale », nous craignons presque une catastrophe. Prise au sérieux, cette exigence signifierait la nullité des titres des Etats européens en ce qui concerne la majeure partie de leurs possessions coloniales. — D'ailleurs, on pourrait probablement discuter cet effet, vu que les points de vue de la morale politique et de l'honnêteté politique sont bien différents ; ils sont même tellement différents, que mieux vaut ne pas créer une confusion complète dans le droit par l'introduction de ces notions objectivement indéfinissables.

Verdross, enfin, pose comme la seule règle fondamentale du droit international le fameux *pacta sunt servanda*, sans exception ni restrictions (3). Une telle règle, bien que simple supposition — d'après Verdross lui-même — (4) ne laisse rien à désirer quant à la clarté. Cependant elle ne peut être adoptée

(1) *Revue de droit international*, 1927, p. 693.

(2) *Eod. loco*, p. 692.

(3) *Die Verfassung der Völkerrechtsordnung*, 1926.

(4) *Eod. loco*, p. 21.

comme présupposition adéquate au droit international moderne, et cela pour deux raisons : d'abord elle n'explique aucunement la force juridique de la coutume internationale (1) ; puis la règle *pacta sunt servanda n'est pas la maxime suprême qui guide les Etats dans leurs relations mutuelles* ; une exacte formule pour une telle maxime serait plutôt : *droit de défense de propre indépendance et intégrité*. La portée de cette expression est très incertaine ; elle connaît des applications radicales et douteuses, comme celle, extrême, de la clause fameuse *rebus sic stantibus* ; les abus auxquels cette règle donne lieu sont évidents, mais néanmoins il faut reconnaître la réalité internationale telle qu'elle est : lorsqu'il y a conflit entre l'exigence de *pacta sunt servanda* et celle de la défense de propre indépendance et intégrité, c'est toujours la seconde qui l'emporte. Il faut ajouter, en outre, qu'en prenant cette attitude, les Etats ne sont nullement conscients de transgresser le droit, mais sont, bien au contraire, convaincus de la justice de leur pratique. La défense de leur indépendance et intégrité est regardée par eux comme *l'intérêt juridique* le plus éminent. Et en effet, pourquoi assimiler l'Etat à un noble à qui la parole d'honneur est règle suprême, et non pas au citoyen moyen pour qui la légitime défense forme la règle fondamentale ? — Sans doute, le système idéaliste, ci-dessus envisagé, basé sur un ordre universel, mérite l'appui unanime de l'humanité toute entière. Adoptant une ancienne maxime, nous pouvons dire que, si les faits ne se conforment pas à cette construction, tant pis pour les faits. Tout cela est vrai ; mais, lorsque nous nous efforçons à rechercher l'état de fait actuel en droit international, rien ne vaut de se laisser tromper par une belle illusion.

Evidemment, la tâche de construire un droit universel serait extrêmement facilitée si l'on trouvait une autorité universelle. En quête d'une telle autorité, les auteurs ont invoqué des principes tels que la « conviction juridique du monde civilisé », le « sentiment de la justice internationale » la « nécessité de la vie internationale » etc. Mais lorsqu'on

(1) Cf. Spiropoulos, dans la *Revue de droit international*, 1929, p. 359.

veut savoir qui est autorisé à nous révéler la volonté de ces phénomènes mystérieux — on se heurte au silence de la plupart des auteurs. Sur un point seulement ils ne nous laissent aucun doute : c'est que les grandes collectivités humaines, les Etats, dont le droit représente « la conviction juridique » de leur population, dont la civilisation nationale est essentiellement liée au « sentiment de la justice » de leurs habitants, dont la politique est la seule évidence certaine de « la nécessité de la vie internationale » — ne sont aucunement qualifiés pour porter témoignage du droit nécessaire, raisonnable, « naturel », puisque leur droit est essentiellement « volontaire ». Et ce n'est que dans quelques rares cas que la réponse qui est toujours et nécessairement sous-entendue dans chaque construction universaliste du droit international, est franchement confessée, à savoir que l'autorité recherchée réside dans la doctrine du droit international (1) !

Nous autres, internationalistes, devons nous réjouir profondément de cette perspective, d'être la source suprême du droit international. Jamais dans l'histoire de l'humanité la pure doctrine n'a disposé d'une telle autorité. Le *ius responsarum* du droit romain, souvent invoqué, n'est que la simple compétence d'interprétation authentique et n'a rien de commun avec l'omnipotence dont il s'agit dans l'espèce. Seul l'Etat idéal de Platon, régi par les savants, pourrait servir de précédent, mais ce précédent n'a jamais pu se réaliser.

Aussi, de nos jours, une telle prétention de notre doctrine a le seul défaut de n'avoir aucune base dans la réalité sociale, de n'avoir aucune espèce de validité juridique. Le fameux § 4 de l'article 38 du Statut de la Cour Permanente de Justice Internationale ne prévoit qu'un simple moyen subsidiaire de la connaissance du droit. La compétence de poser des règles nouvelles, dérivant de leur propre autorité, n'y est nullement reconnue aux jurisconsultes. Il s'agit en l'espèce nécessairement de l'interprétation, en cas de doute, de la véritable portée des trois catégories de sources de la jurisprudence de la Cour : des traités, des coutumes et des principes

(1) Notamment Fiore, *Le droit international codifié*.

généraux. Ces trois sources peuvent bien souvent manquer d'une exactitude parfaite, peuvent être assez imprécises quant à leur portée en général ou quant à leur application dans l'hypothèse. Dans tous ces cas les meilleurs représentants de la doctrine peuvent dégager les conséquences, restées jusqu'alors obscures, et fournir au droit le chaînon qui faisait défaut ; les jurisprudences internes, de même, peuvent nous éclairer sur le sens exact des règles imprécises ou des principes juridiques qui ne se sont pas encore cristallisés ; les Cours Internationales, elles-mêmes, peuvent accomplir la même tâche. Voilà la véritable voie du progrès du droit international, qui laisse à la doctrine et à la jurisprudence une vaste faculté de collaboration, sans s'égarer hors de la positivité exigée. Que le § 4 de l'article 38 n'a pas en effet une envergure plus grande que celle que nous venons d'indiquer, devient encore plus clair, si nous le comparons au § 3 du même article. La doctrine et la jurisprudence sont énoncées dans le règlement de la Cour comme « moyens subsidiaires », tandis que les principes généraux y sont mentionnés comme une des sources principales (1). Il est évident que le moyen subsidiaire ne peut prétendre à une envergure plus générale que la source principale. Cependant, de quelle manière s'applique le § 3 ? Le texte lui-même parle des « principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées ». Il s'ensuit, dès lors, que les principes en question, loin d'être ce phénomène mystérieux, issu de la « conscience universelle », dont certains auteurs rêvent, sont déterminés par le critérium de la reconnaissance de leur force légale de la part des Etats (puisque aucune autre représentation des « nations » n'est admise en droit international). D'ailleurs, nous possédons une interprétation authentique de cette expression par la Cour elle-même. Confrontée avec ce problème au cours de l'affaire du *Lotus*, la Cour Perma-

(1) La terminologie de l'art. 38 n'est pas heureuse. Plusieurs conceptions erronées pourraient être évitées, si la commission des jurisconsultes avait indiqué que les « sources » mentionnées dans l'art. 38 du Statut sont des sources de la juridiction de la Cour, et non point les sources du droit international, étant donné que personne n'a autorisé cette commission à entreprendre la détermination des sources du droit international.

nente déclare : « La Cour estime que le sens des mots « principes du droit international » ne peut, selon leur usage général, signifier autre chose que le droit international tel qu'il est en vigueur entre toutes les nations faisant partie de la communauté internationale. » (1)

M. Donnedieu de Vabres exprime son dissentiment avec l'interprétation précitée. « Cette interprétation, dit-il, qui ne tient compte, comme source du droit international, que des conventions, néglige la doctrine à laquelle la Cour est invitée cependant, par l'Art. 38 de ses Statuts, à faire une place. Si la Cour Permanente réduit son rôle à la constatation de ce qui est en vigueur, comment contribuera-t-elle au progrès du droit international, qui est son objectif le plus noble ? » (2) — Nous ne pouvons pas être d'accord avec M. de Vabres, s'il veut restreindre le sens de l'interprétation de la Cour au seul usage des conventions comme source de sa juridiction. Les coutumes et les simples principes qui ne se sont pas encore transformés en règles formelles, sont également à considérer par la Cour. Mais quant au progrès du droit international, sa poursuite, tâche noble et souhaitable sans doute, ne doit pas mener la Cour au-delà de ses compétences. Le rôle de la Cour, comme celui de la doctrine, se rattachera à l'éclaircissement exigé par les conventions et les coutumes en cause, ou, lorsqu'il s'agit de principes généraux quelque peu obscurs, à la démonstration de « la reconnaissance par les nations civilisées » du principe en question. En effet, dans bien des cas, nous ne pourrions trouver ni des règles conventionnelles ou coutumières, ni des déclarations générales qui seraient à appliquer, tandis que les jurisprudences internes ou la pratique interétatique nous fournissent une solution toute claire. Dans un tel cas on peut dire que le principe existe déjà en droit, qu'il est déjà positif, mais qu'il n'était pas

(1) C. P. J. I. Arrêt n° 9. — Cette idée était déjà exprimée par M. de Lapradelle, lors de l'élaboration du Statut de la Cour. Il se demande, dans la séance du Comité Consultatif, « comment on dégage les principes généraux, si ce n'est pas de la coutume ». Publications de la C. P. J. I., *Procès-Verbaux des séances du Comité Consultatif des Juristes*, 1920, p. 335. Cf. *eod. loco*, les remarques du Lord Phillimore.

(2) *Revue de Droit International*, 1928, p. 143.

encore formulé. La Cour, avec l'appui de la doctrine, répondra justement au « besoin de tenir compte des conditions particulières au processus général du développement de la règle qui, se trouvant implicitement dans les actes, ne s'est pas encore dégagée d'une façon formelle aux yeux de tout le monde, mais se trouve cependant déjà annoncée dans les actes mêmes avec une telle force que ce serait rendre un bon service à la cause du droit que de l'aider à se manifester dans la forme dans laquelle elle aura toute la force qui doit revenir à des règles de droit positif appartenant à cette catégorie » (1).

Donc, en éliminant toutes les exagérations liées aux §§ 3 et 4 de l'Art. 38, nous dégageons la formule suivante : la Cour Permanente, loin d'être une autorité créatrice du droit international, est plutôt une institution positive à compétences strictement déterminées par sa base conventionnelle — les traités de paix. Ceux-ci étant du domaine du droit international particulier, il est évident que la Cour est aussi une institution de droit international particulier, ne liant que les Etats contractants. Au surplus, le statut de la Cour, étant formellement un acte juridique dérivé, ne peut édicter des normes ayant qualité de source juridique même pour les Etats participants. Bien au contraire, la force juridique du Statut et des décisions de la Cour est basée exclusivement sur leur ratification (ne soit-elle donnée que d'une manière implicite, générale et anticipée) par les Etats, dont la volonté apparaît ainsi comme la source juridique de la Cour. Et enfin, les « principes généraux » y mentionnés ne sont non plus que la simple expression de l'unanimité des conceptions étatiques sur un point de droit. Or, basés sur la reconnaissance étatique, les principes généraux ne peuvent avoir le caractère de *source*, ce mot pris dans le sens d'un fondement autoritatif indériverable.

Ici il faut tenir compte de l'argument habituel des partisans d'une construction dualiste de droit et adopté aussi par ceux de la primauté du droit international. Cet argument

(1) Altamira, *Opinions dissidentes dans l'affaire du Lotus*, cité d'après la *Revue de Droit International*, 1928, p. 455.

part de la supposition que la règle en question était déjà du droit international avant sa reconnaissance par les Etats particuliers, et que cette dernière signifie seulement la « réception » par le droit interne d'une règle valable du droit international ; par conséquent, examinée du point de vue du droit international, la réception étatique de la règle n'a qu'une valeur « déclarative ». Nous croyons cette conception totalement erronée, étant donné qu'aucun autre *fait constitutif* d'un principe juridique, outre son adoption par un ordre positif d'un Etat existant, ne peut être trouvé. Le droit international indépendant de la reconnaissance étatique est de la pure imagination.

Mais cependant, ne faut-il pas escompter le fait que certains ordres étatiques ont établi la validité interne des règles générales du droit international ? Et ces règles ne sont-elles pas élevées au-dessus des règles du droit interne, ce qui paraîtrait confirmer la validité d'un ordre international supérieur aux ordres étatiques ? — Tous ces problèmes ont été vivement discutés à propos de la règle célèbre formulée par *Blackstone*, qui se trouve à la base de la conception anglo-américaine. La discussion est ressuscitée de nos jours, à la suite de l'acceptation des règles analogues par les Constitutions de l'Allemagne, de l'Autriche et de l'Esthonie. Cependant, examinées attentivement, ces règles ne présentent aucunement cette importance.

D'abord, en ce qui concerne la conception anglo-américaine. Quelques cas devant les tribunaux anglais ont été résolus dans la seconde moitié du XVIII^e siècle de manière que les tribunaux ont reconnu force légale aux règles du droit des gens à l'intérieur de la Grande Bretagne (V. spécialement Lord Mansfield, affaire *Triquet v. Bath*, 1764). Cette pratique jurisprudentielle a été formulée d'une façon générale par *Blackstone* : « Le droit des Nations est censé être une partie du droit du pays ». Il faut reconnaître que tout d'abord la jurisprudence anglaise, alors sous l'influence des idées du droit naturel, tenait à placer le droit international au dessus du droit anglais, sans s'inquiéter de la nature exacte d'un tel droit

extraétatique. (1) Mais, depuis, la doctrine et la jurisprudence en Angleterre ont analysé le principe de Blackstone et réussi à en préciser le sens : la portée de cette formule est incontestablement d'établir la validité des règles positives du droit international non seulement envers l'Etat lui-même, mais également envers les organes et personnes différentes à l'intérieur de l'Etat. Cela était loin d'être reconnu dans les Etats continentaux et surtout certains théoriciens allemands ont prétendu que les règles du droit international, tout en étant obligatoires pour l'Etat, ne lient ni ses organes, ni les particuliers qui se trouvent sous son *imperium*. (2) La Grande-Bretagne a — premier Etat — reconnu que le droit international a à être appliqué à l'intérieur de l'Etat.

Mais quel est ce droit international ? Même si l'on suppose que l'élaboration du contenu de ses règles est accomplie par un corps étranger à la Grande-Bretagne, est-ce qu'elles sont par là valables pour cet Etat en dehors de leur consécration juridique de sa part ? — Nullement ! La pratique des Etats n'admet pas qu'un Etat puisse être lié par une règle à laquelle il n'a pas donné son adhésion, dans une forme ou dans l'autre. La doctrine, lorsqu'elle passe des considérations générales sur le fondement du droit international sur la « conscience », sur « l'union des volontés » et d'autres mystères, à la question concrète, à savoir quand donc un Etat est-il lié par une règle ? donne une réponse identique. Dernièrement nous avons eu une déclaration toute claire à ce sujet, qui résume les précédents d'une jurisprudence internationale déjà traditionnelle et qui provient de la plus haute autorité du droit international : « Le droit international régit les rapports entre les Etats indépendants. *Les règles de droit liant les Etats procèdent donc de la volonté de ceux-ci*, volonté manifestée dans des conventions ou dans des usages acceptés généralement comme consacrant des principes de droit et

(1) Ainsi, Lord Mansfield : « L'acte du parlement de 7 Anne, c. 12, n'a pas eu l'intention d'altérer le droit des nations, et ne peut l'altérer ». Cité d'après Walz, *Die Abänderung völkerrechtsgemaessen Landesrechts*, 1927, p. 29.

(2) Surtout Zorn, *Grundzüge des Völkerrechts* ; Laband, *Staatsrecht des Deutschen Reiches* ; Oppenheim, *International Law*. Critique de ces conceptions chez Kelsen, *Das Problem der Souveränität*, 1922, p. 161 et suiv.

établis en vue de régler la co-existence de ces communautés indépendantes ou en vue de la poursuite de buts communs. *Les limitations de l'indépendance des Etats ne se présument donc pas* » (1).

Ainsi il est clair que le droit international en vigueur pour un Etat est le droit adopté par lui pour régir ses relations avec les Etats étrangers. C'est-à-dire que le droit international d'un Etat entre dans l'ensemble du droit étatique. Peu importe que cette adoption puisse s'effectuer par des méthodes autres que la législation régissant l'ordre à l'intérieur. La source étatique est commune à tous les deux. Cela coïncide avec la lettre même de la formule de Blackstone. Cette interprétation est aussi celle de la jurisprudence anglaise contemporaine qui nous dit, dans la décision célèbre sur l'affaire *West Rand Central Gold Mining Co. v. Rex* : « Toute doctrine ainsi invoquée doit en être une qui soit réellement acceptée comme obligatoire entre nations, et le droit international qui cherche à être appliqué doit, comme toute autre matière, être démontré par une preuve satisfaisante, laquelle doit prouver soit que l'opinion affirmée a été reconnue et appliquée par notre propre pays, soit qu'elle est d'une telle nature et qu'elle a été acceptée aussi largement et généralement, qu'on peut à peine supposer qu'aucun Etat civilisé la répudierait » (2). Cette décision, accompagnée de citations des précédentes célèbres et remontant même à l'affaire *Triquet-Bath*, établit d'une manière certaine et autorisée que sous le terme « droit international » — obligatoire pour la Grande-Bretagne, sont comprises exclusivement les règles reconnues par elle expressément ou tacitement ou les règles dont la reconnaissance susdite doit être présumée. Le principe de Blackstone et la conception anglaise traditionnelle posent que ces règles du droit international britannique (car il est évident que la Grande-Bretagne sera totalement indifférente envers les règles qu'elle ne reconnaît pas comme la liant) peuvent être invoquées non seulement devant les organes chargés de la gestion

(1) C. P. J. I., Arrêt n° 9.

(2) *Law Reports. King's Bench Division*, 1905. Vol. II, p. 407.

des affaires étrangères, mais aussi devant les tribunaux intérieurs. — Mais si la force légale du droit international pour le droit anglais se base précisément sur son adoption par le droit anglais, comment donc pourrait-on opposer les deux ordres l'un à l'autre ? — La conception anglaise, si souvent utilisée comme preuve de la validité autonome d'un droit international extra-étatique, est tout au contraire la preuve de ce que « le droit international est partie du droit du pays » (1).

Aux Etats-Unis d'Amérique, tout comme en Angleterre, tout droit est considéré comme une unité, et toute règle de droit est censée être obligatoire pour tous les organes étatiques, indépendamment de ce qu'elle touche une relation à l'intérieur de l'Etat ou un rapport de caractère international. La Constitution fédérale ne laisse sur cette question aucun doute, en marquant la source législative du droit international en vigueur pour les Etats-Unis : Art. 1, Sect. 8. « Le Congrès aura le pouvoir... de définir et punir les pirateries et les félonies commises en Haute Mer, et les délits du droit des nations » ; Art. VII, Sect. 2. « Cette Constitution et les lois des Etats-Unis qui seront passées, en s'y conformant, et tous traités conclus ou à conclure sous l'autorité des Etats-Unis, seront la loi suprême du pays ». Nous distinguons ainsi deux catégories de règles du droit international. L'une affecte les règles conventionnelles, dont la force légale se base sur l'Art. VII, Sect. 2 de la Constitution Fédérale qui pose la conclusion d'un traité comme une des méthodes législatives. Quant à toute autre règle de droit international, sans base conventionnelle, c'est le Congrès des Etats-Unis qui en précise la validité en définissant, conformément à l'Art. 1, Sect. 8, les limites de la notion « délit du droit des nations » (2).

(1) Les dualistes sont forcés d'introduire la notion d'un droit interne conforme au droit international, qui est seul applicable devant les tribunaux anglais, à l'exclusion du droit international qui lie l'Angleterre internationalement sans être du droit anglais. Ainsi : Oppenheim, *International Law*, III. éd., 1920, p. 17 suiv. et 26 suiv. ; Walz, *Die Abänderung völkerrechtsgemaessen Landesrechts*, 1927, p. 29.

(2) La forme négative choisie par le texte de la Constitution Fédérale est bien justifiée par la nature du droit des gens qui présume la liberté d'action. Ce sont en effet les « définitions des délits » lesquelles forment les règles prohibitives et créent le droit, en ordonnant d'éviter une certaine conduite. Ainsi, C. P. J. I., Arrêt n° 9, Point de droit, III.

La pratique jurisprudentielle, aux Etats-Unis, a eu à s'occuper bien souvent d'affaires, dans lesquelles des lois internes contredisaient certaines règles prétendues du droit des gens. La procédure à adopter y était bien claire : d'abord il fallait s'assurer de la force légale de la règle de droit international en question. Si elle découlait d'un traité conclu par les Etats-Unis, cette force légale était hors de doute. Si un tel traité ne pouvait pas être démontré, le juge usait des précédents, des principes du *common law* anglo-américain et de sa conception des exigences de l'équité, toujours, bien entendu, dans les limites à lui imposées par la compétence de l'interprétation authentique du droit international coutumier, appartenant, d'après l'article 1^{er}, — Sect. 8, au Congrès. Lorsque, par un de ces procédés, la règle en question se montre existante, le conflit entre elle et la loi « interne » se résout d'après le principe de la *lex superior derogat inferiori*, si la loi est une loi d'Etat, puisque la règle internationale a caractère de loi fédérale ; si la loi interne en question est une loi fédérale, les deux règles ont la même autorité, et le conflit entre elles est résolu d'après le principe de la *lex posterior derogat priori*. Ainsi la sentence Field, dans l'affaire Whitney v. Robertson, 1887 : « L'acte du Congrès se produisit après le traité..., et s'il existe un conflit quelconque entre les stipulations du traité et les exigences de la loi, c'est la dernière qui doit emporter » (1). Sans doute, le juge compétent s'efforcera toujours de reconcilier les deux règles en question afin d'empêcher toute interprétation de la loi interne susceptible de mettre en doute la fidélité des Etats-Unis aux principes généralement reconnus par les Etats dans la gestion de leurs affaires étrangères. Mais si une telle réconciliation est impossible, nul doute que le juge américain est lié par la loi formelle (2).

(1) Cité d'après Walz, op. cit., p. 51.

(2) Ainsi J. B. Scott : « Il est évident que le Congrès peut en effet modifier le droit des gens en tant que nos citoyens sont concernés, et que les tribunaux seraient forcés d'exécuter le statut ». (Cité d'après Walz, p. 54. — L'expression « en tant que nos citoyens... » ne doit pas nous désorienter. Il s'agit plutôt du domaine personnel et territorial sur lequel l'*imperium* de l'Etat s'étend. Au dedans de ce domaine l'Etat établit et modifie souverainement son droit international, et au delà de ce domaine aucune législation *positive* de l'Etat n'est plus concevable).

Nous possédons, il est vrai, une autre sentence, de la *Court of Claims*, dans

Pour le droit américain, tout comme pour le droit anglais, les règles en matière internationale font partie du droit municipal (1). Les principes généraux de telles règles, loin d'avoir une autorité juridique propre s'imposant à l'Etat, ne deviennent, au contraire, des principes juridiques que par leur reconnaissance de manière ou d'autre de la part de l'Etat intéressé

Une nouvelle source de confusion est née avec l'Art. 4 de la Constitution du *Reich* Allemand du 11 août 1919 : « Les règles généralement reconnues du droit international valent comme partie intégrante obligatoire du droit du *Reich* Allemand. » A quel degré les espoirs des auteurs contemporains idéalistes ont été réveillés par cette disposition, on le voit en lisant le commentaire, enthousiaste, assez typique, du Prof. Laserson : « Avec l'adoption de cet article, la Constitution du *Reich* Allemand a accompli une métamorphose importante : la notion antérieure de la souveraineté de l'Etat, seul législa-

l'affaire *The Ship Rose*, 1901, dans laquelle il est dit : « Si... un conflit quelconque était entre le droit municipal des Etats-Unis, établi dans le *statute*, et entre les principes bien reconnus du droit international, c'est le dernier qui doit prévaloir dans le maniement du droit des parties... puisque celui-ci est le droit commun aux deux parties ». (Cité d'après Walz, p. 44). La tendance d'établir la supériorité du droit international sur le droit municipal est évidente dans cette sentence, mais elle ne pourrait être maintenue si l'honorable juge entraînait dans l'analyse des notions « principes reconnus » et « droit commun ». En cas de conflit affirmé avec le droit municipal des Etats-Unis le principe en question ne sera pas « bien reconnu » par une partie. Dès lors, la règle ne sera pas « commune ».

(1) Une preuve indirecte de la conception des Etats-Unis en ce qui regarde le fondement municipal du droit international est contenue dans l'attitude très intéressante, mais assez peu connue, de la Cour Suprême des Etats-Unis envers la jurisprudence internationale. Cette Cour a décidé, lors de l'affaire *Colombia v. Cauca Company* : « C'est à nous de déterminer l'objet de la commission, quelque soit sa propre conclusion en ce qui concerne ses pouvoirs ». (Ralston, *The Law and Procedure of international tribunals*, Stanford 1926, p. 43). Il s'agissait dans l'hypothèse non seulement de la vérification du compromis en vertu duquel la commission internationale avait certaines compétences, mais aussi, et en premier lieu, de l'interprétation du sens et de la portée dudit document, en vue de résoudre la question, s'il y avait, ou s'il n'y avait pas, un excès de pouvoir de la part de la commission. Un tel examen de la légalité des procédés d'un corps international par un tribunal interne des Etats-Unis n'aurait aucun sens, si nous présumions le droit international supérieur au droit interne ; cet examen apparaîtrait, au contraire, bien compréhensible, si nous comprenons le droit international comme partie de l'ensemble du droit municipal. Les tribunaux des Etats-Unis ont la tâche d'examiner, avant de les appliquer, tous les actes administratifs du point de vue de leur légalité et même les actes législatifs du point de vue de leur constitutionnalité. Dans notre cas, la force légale de la sentence arbitrale de la commission internationale pour les Etats-Unis réside dans l'acte administratif du Gouvernement Fédéral, accompli par la conclusion du compromis. Par conséquent, il entre dans les limites de la compétence des tribunaux des Etats-Unis de soumettre à leur examen la légalité des procédés de l'instance arbitrale déléguée par un acte administratif du Gouvernement Fédéral.

teur au dedans de son territoire, est rejetée par là... Dans ce sens s'effectue, conformément à l'esprit de cette disposition, la transformation de l'Etat, en ce qui concerne les normes du droit international en vigueur pour lui, de l'institution absolument souveraine d'aujourd'hui à une province ». (1) La souveraineté est rejetée, l'Allemagne n'est plus législateur suprême sur son territoire, mais s'est transformée en une simple province subordonnée au droit international !

Mais que l'on se donne la peine d'examiner la portée exacte de cet article, et aucun effet sensationnel ne se produira plus. Le but de l'article s'explique bien simplement par la déclaration du représentant du Ministère des Affaires Etrangères du *Reich* devant la Commission du *Reichstag* : « L'article 3 veut exprimer la maxime dominante dans la jurisprudence et la pratique étatique anglo-américaines, suivant laquelle les règles généralement reconnues du droit international sont obligatoires non seulement pour les Etats, mais pour les citoyens particuliers » (2). Et quant au contenu de ce droit international devenu valable à l'intérieur du Pays, est-ce que l'exigence de la *reconnaissance générale* ne le détermine assez clairement ? Est-ce qu'il existe un corps compétent pour *connaître* les règles du droit international autre que l'Etat lui-même ou les organes déterminés par lui et agissant par son autorité ? — Mais pour anéantir tout doute, mentionnons deux déclarations du Gouvernement du *Reich*, sanctionnées à l'unanimité par la commission du *Reichstag*. L'une précise que seulement les règles que l'Allemagne a reconnues, expressément ou tacitement, seront censées règles « généralement » reconnues. L'autre souligne que, comme c'est entendu aussi en Angleterre et en Amérique, la règle de droit international ne constitue pas une norme d'un rang supérieur à la loi de l'Etat, ce qui signifie que le droit international ne déroge pas au droit du *Reich*, mais qu'au contraire, c'est le

(1) Laserson, *Staat, Souveränität und Minorität*, Berlin 1927 p. 39 et suiv.

(2) Cité d'après Anschuetz, *Die Verfassung des Deutschen Reichs*, Berlin 1921, p. 33. — Le texte en question figurait comme Art. 3 dans un projet préliminaire.

dernier qui est décisif pour les citoyens et les autorités, et surtout pour les tribunaux (1).

Nous voyons ainsi que la tendance à renforcer l'effectivité des règles du droit international à l'intérieur de l'Etat, loin de construire l'indépendance du droit international à l'égard des Etats particuliers, mène au contraire, aussi bien en Allemagne qu'en Grande-Bretagne et aux Etats-Unis, à son rattachement plus étroit et précis aux systèmes de leur droit étatique. Les « règles générales », les « principes généraux », se révèlent comme phénomènes issus de la volonté de l'Etat souverain.

La loi Constitutionnelle autrichienne du 1^{er} octobre 1920 contient une disposition presque identique à celle que nous venons d'indiquer en Allemagne : « Art. 9. Les règles généralement reconnues du droit international valent comme parties intégrantes du droit fédéral. » — Il est bien remarquable que Kelsen, la plus grande autorité constitutionnelle d'Autriche, qui tend en général à l'affirmation de la primauté du droit international, n'hésite pas à déclarer, en ce qui concerne l'Art. 9 : « Par là la Constitution fédérale se place sur le terrain de la primauté de l'ordre juridique de l'Etat particulier » (2).

Une attitude analogue à l'égard du droit des gens est adoptée par l'Esthonie dans l'article 4 de la Constitution (3).

L'importance extraordinaire des conceptions assez répandues

(1) *Eod. loco*, p. 34. — Cela est bien compréhensible, puisque une règle prétendue de droit international n'acquiert force légale que par la présomption de sa conformité aux conceptions juridiques de l'Allemagne. Au moment, où une règle positive du droit allemand à contenu différent intervient, la présomption se trouve inexacte et la règle prétendue du droit international n'est plus censée reconnue par l'Allemagne. Bien entendu, si l'adoption de la règle internationale par l'Allemagne s'est effectuée par voie d'une loi formelle du *Reich*, la dérogation à cette règle a lieu par les procédés habituels de la *lex posterior*, comme nous l'avons vu aussi aux Etats-Unis.

(2) Kelsen, *Die Verfassungsgesetze der Republik Oesterreich*, 5^e partie, 1922, p. 75. — Walz, *op. cit.*, p. 156 suiv., tente de combattre la conclusion de Kelsen de son point de vue dualiste, mais en concédant que « tout cercle normatif édicte souverainement les normes au-dedans de sa voie de procédure », sa position devient insoutenable. Etant donné que l'Etat est un « cercle normatif », et que l'Etat « édicte une norme » en matière internationale, il est évident que la matière réglée entre dans le domaine « souverainement réglé » par l'Etat. Au moins, c'est l'Etat qui l'affirme, en légiférant en cette matière. Or, c'est ce que Kelsen affirme. — Le point de vue étatique n'est pas le seul point possible ; les points personnels de Kelsen comme de Walz sont tous autres. Cependant les points de vues étatiques sont les seuls *positifs*.

(3) Walz, *op. cit.*, p. 156 suiv.

dues sur le droit international et le développement successif de cette discipline, ainsi que sur le progrès de la civilisation humaine en général est hors de doute. Mais dans notre cas il s'agit plutôt d'une question concrète : est-ce que le droit international positif de nos jours se base sur de tels principes généraux du droit et de la justice ? Est-ce que ce sont eux qui forment l'autorité suprême, la règle fondamentale pour la conduite des Etats dans leurs relations mutuelles ? Et, quant à cette question, la réponse est dans la négative. Le droit interétatique contemporain en vigueur ne reconnaît qu'une source : la volonté souveraine des Etats, quel que soit le contenu matériel de cette volonté (1). Les formes dans lesquelles une règle se rattache juridiquement à cette source peuvent bien différer. Une loi ordinaire ou constitutionnelle d'un seul Etat particulier peut l'établir ; un traité à force de loi a le même effet simultané dans deux ou plusieurs Etats ; le Chef d'Etat ou les organes exécutifs peuvent, dans les limites de leur compétence, fixer dans un acte administratif une règle juridique en matière internationale ; un accord diplomatique aura le même caractère essentiel d'une corrélation d'actes administratifs de deux parties ; à toutes ces formes d'une reconnaissance explicite s'ajoute la reconnaissance tacite par l'usage ou la tolérance formant le droit coutumier. Les « principes généraux » n'occupent aucunement une place au dessus de ce schéma. Le « principe » est toujours donné lorsqu'il y a une règle, puisque c'est la règle qui sert à concrétiser et à réaliser le principe. Cela est si bien entendu que personne n'invoque le principe, vague et nébuleux, mais la règle issue de ce principe. Lorsqu'on remonte au principe pour la solution d'un conflit juridique, cela n'indique point un état supérieur du droit, mais, bien au contraire, son état inférieur et élémentaire ; on invoque le principe lorsque la règle précise ne s'est pas dégagée encore de lui. Quant au critérium de généralité d'un principe juridique, il est bien loin d'indiquer l'indépendance de ce principe des volontés des Etats particu-

(1) Même Rivier est, en fin de compte, forcé de l'admettre : « Le droit des gens est un droit positif parce que les Etats veulent qu'il le soit ». (*Op. cit.*, p. 22).

liers, mais signifie au contraire sa dépendance de chacune de ces volontés. Cela suit clairement de la définition précitée des principes généraux par la Cour Permanente de Justice Internationale dans l'affaire du *Lotus*. Pour résumer, le « principe » en droit international apparaît comme la conviction juridique en matière internationale dûment rattachée à la volonté étatique, et qui n'est pas encore suffisamment formulée.

*
* *

§ 8. — La Coutume

Le rôle important, généralement attribué à la coutume dans tout système juridique, se trouve évidemment justifié par de multiples raisons. D'abord ce sont des considérations de fait : la coutume effective ne peut souffrir de l'argument de l'impuissance sociale, comme c'est le cas des textes adoptés arbitrairement par un corps quelconque parfois sans considération trop grande pour l'attitude de la société. Et, puisque toute règle est bien forte si elle possède le consentement public, la règle coutumière est *a priori* dans une position avantageuse, tandis que la règle décrétée la doit encore conquérir. Puis, des considérations historiques s'ajoutent, qui attachent à la coutume une importance excessive. Plus nous remontons vers les siècles passés et les civilisations primitives, plus nous voyons que la règle légiférée moderne perd de l'importance ; l'acte concret de législation, la fixation spontanée d'une règle, recule devant le procédé de législation prolongée qui, partant d'un usage, l'entoure peu à peu d'autorité, lui donne un caractère de nécessité juridique — c'est ce que Jellinek appelle *la force normative des faits*. Il faut, d'ailleurs, tenir compte du fait qu'en considérant les règles anciennes encore en vigueur de nos jours, leur validité et leur portée actuelle nous paraît souvent plus claire que l'acte

originnaire qui leur donnait naissance. Dans une telle hypothèse nous serons tentés de renoncer à la recherche de l'acte originnaire, mais de baser la validité juridique de la règle sur la coutume observée. Tout ceci explique bien facilement que l'on a souvent considéré la coutume comme la source du droit par excellence.

Reconnaissons la position éminente de la coutume dans le droit, admettons que l'usage, d'abord inconscient, est la base naturelle où les hommes puisent instinctivement les prescriptions destinées à guider leur conduite — mais envisageons le problème du point de vue formel qui seul nous occupe ici. Il s'agit pour nous de trouver la source de notre discipline de droit, le terme de source étant compris dans le sens précisé ci-dessus. Est-ce que la coutume peut, ainsi comprise, servir de source ? Examinons-le.

Quel que soit le système juridique à l'égard duquel la question de la coutume ait été soulevée, on a toujours souligné la nécessité de la concordance de deux éléments pour faire naître la coutume juridique proprement dite. Au moment du fait simple de l'usage observé, on a toujours ajouté cet autre de la conscience de son caractère juridique. La conviction de la nécessité (cette expression prise, non pas dans le sens physique de l'inévitabilité, mais dans le sens normatif d'un devoir) doit accompagner l'usage pur et simple pour lui donner une autorité. Depuis la *iuris necessitatis opinio* des jurisconsultes romains jusqu'à la définition de Rivier sur les « faits répétés continuellement avec la conscience de leur nécessité » (1) la doctrine était unanime sur ce point.

Nous ne croyons pas nécessaire d'insister sur la justesse de cette considération, étant donné qu'elle est universellement reconnue. Il est, en effet, trop évident que, s'agissant du droit — système de règles adressées à la volonté des hommes — seuls les faits peuvent être considérés comme démonstration de ce droit, qui se basent, suivant l'appréciation d'une société humaine, sur un titre normatif spécifique, susceptible

(1) *Principes du droit des gens*, Paris 1896, p. 35.

d'influencer la volonté des hommes compris dans cette société.

Si l'on examine avec ces données le rôle de la coutume en droit international, à quoi parviendra-t-on ? — D'abord, nous tenons à préciser la condition exacte des faits qui peuvent être classés comme formant le droit international coutumier. A quoi donc de tels faits doivent-ils être rattachés pour donner naissance à cette qualité ? Il va de soi qu'un fait naturel, ne pouvant être attribué à aucune volonté individuelle ou collective, ne peut point constituer une « coutume », puisqu'il n'est pas un acte. Mais passons aux actes accomplis par des hommes, d'abord en étant qu'individus, puis en leur qualité de corps collectifs. Est-ce qu'un fait répété continuellement par des particuliers, soit citoyens d'un Etat civilisé, soit barbares, soit apatrides, peut jamais prétendre à former une coutume du droit des gens, même si les auteurs de ces actes les accomplissent avec la conviction d'y être autorisés par leur droit subjectif ? — Jamais. Aucune instance de ce genre ne peut être citée dans l'histoire de notre système du droit international.

Et quant aux groupements collectifs, il faut d'abord exclure tous ceux qui n'ont aucun lien juridique avec un Etat, membre de la communauté du droit des gens. Les usages en pratique dans les tribus indigènes non inclus dans un système étatique, ou ceux observés par les communautés exerçant piraterie, exclues, au point de vue du droit international maritime, de toute nationalité, n'ont aucune importance pour notre « droit international ». Quant aux groupements compris dans un cadre étatique, le degré d'importance de leurs actes pour le droit international est en principe fixé par le droit étatique lui-même, car c'est à lui qu'incombe la compétence de déterminer la capacité juridique en général, et par conséquent aussi celle du droit international en particulier, des corps et personnes soumis à son autorité. D'une manière générale les relations internationales sont jalousement retenues par l'Etat lui-même, ce qui veut dire que les personnes compétentes pour accomplir des actes internationaux apparaissent

dans la plupart des cas comme organe de la personne Etat. Mais, d'autre part, les cas sont assez fréquents, dans lesquels d'autres personnes de droit public sont constituées avec une condition bien distincte de celle d'un Etat, et munies néanmoins de certaines compétences de droit international. Les exemples les plus importants sont ceux des capitaines des marines marchandes, d'une part, et des unions et commissions internationales, de l'autre. C'est à cette dernière catégorie qu'appartiennent en outre l'Union Postale Universelle, la Commission du Danube, la Société des Nations, la Commission des Réparations, la Cour Permanente de Justice Internationale, etc. Dans tous ces cas, bien différents par l'extension de leurs compétences et par le degré de leur permanence, il s'agit toujours de personnes dont la condition juridique est créée par les Etats — soit individuellement, soit collectivement —, de personnes déléguées, de personnes, enfin, dont l'activité internationale effective est toujours liée à la bonne volonté de ces Etats (1).

Ainsi nous parvenons à la conclusion que, d'après le droit international actuellement en vigueur, ce sont seules les pratiques suivies par les Etats ou par des personnes reconnues par les Etats qui comptent. Et c'est à cette catégorie des pratiques qu'il faut appliquer le postulat de la conviction juridique qui doit, d'après l'unanimité de la doctrine et de la jurisprudence, être présente pour constituer une coutume dans le sens juridique. En effet, la pratique internationale est bien consciente de l'importance de ce moment, d'où la distinction générale entre le droit international et la courtoisie internationale. Les pratiques qui ne sont pas basées sur la conviction de leur nécessité juridique restent au delà du cadre du droit international proprement dit. Nous insistons sur ce que c'est la nécessité juridique, et non pas la nécessité

(1) Seules deux institutions non-étatiques sont connues au droit international, dont les usages pourraient entrer en compte dans la formation des coutumes internationales, sans que ces institutions soient des corps délégués. Cependant il s'agit même dans l'espèce de corps reconnus par les Etats comme personnes internationales, et c'est sur cette reconnaissance que la qualité juridique de leurs actes est basée pour les Etats. Ce sont les belligérants et le Saint-Siège avant le traité du Latran. V. § 13.

morale, qui importe dans l'affaire. C'est pourquoi les soi-disant règles de la morale internationale ne peuvent non plus prétendre à faire automatiquement partie du droit des gens. Cela est dû au caractère purement individuel de la morale. Elle est l'expression exacte de la conscience personnelle, ne permettant aucune déviation. Le droit est par contre l'expression compromissaire des conceptions qui prévalent dans une société toute entière ; les convictions morales des individus y sont prises en considération dans une certaine mesure, mais à côté d'elles d'autres considérations — utilitaristes — influencent également la structure et le contenu du droit.

Ayant reconnu que seule l'attribution d'une pratique internationale à un Etat peut lui donner le caractère d'une règle juridique coutumière, il faut mentionner aussi que nul Etat ne peut être considéré comme juridiquement lié par une coutume d'un Etat étranger, ni par une coutume suivie par tous les Etats étrangers. C'est un principe soutenu par tout Etat particulier qu'il ne peut être assujetti à une obligation juridique quelconque autrement qu'en vertu de sa propre volonté. Cependant la doctrine, évidemment sous l'influence de l'idée que le droit international coutumier est un droit naturel, commun à l'ensemble des Etats, croit encore parfois pouvoir insister sur la force légale des coutumes fréquemment observées pour les Etats dissidents (1).

(1) Ainsi surtout Ullmann, *Völkerrecht*, Tubingue 1908, p. 43 : « Les coutumes générales, formant partie du droit international positif, lient aussi les Etats qui ne participent pas à leur création ; la conscience juridique des peuples, exprimée dans la coutume, sollicite la reconnaissance par tout Etat qui veut passer pour membre de la communauté internationale. Etant une expression directe de la conscience juridique des peuples, le droit coutumier est soumis aux métamorphoses et aux changements du contenu de la conscience juridique : des coutumes peuvent être abolies par d'autres coutumes ; elles peuvent être effacées par la désuétude ». — Tout d'abord il est assez incompréhensible, comment on peut attribuer généralité à une coutume, à la création de laquelle certains Etats n'ont pas participé. Nous avons ici un exemple de la tendance dangereuse de plusieurs auteurs de représenter toute règle de droit particulier à large domaine d'application comme une règle de droit général. Cette tendance a été introduite même dans la sphère du droit conventionnel, et on oublie parfois que d'institutions telles que la Société des Nations ou la Cour Permanente de Justice Internationale ne sont que de créations du droit particulier. Mais l'inexactitude extrême de toutes ces spéculations quasi-naturalistes, qui les rendrait obscures et insignifiantes à la première tentative de les appliquer dans un conflit juridique effectif, apparaîtra si nous procédons à l'analyse de l'affirmation du savant professeur. D'après lui, l'Etat créateur de la coutume a la liberté d'altérer sa conscience juridique et, par conséquent, d'abroger sa coutume par la désuétude ou par une coutume nouvelle. Cependant un Etat qui n'a pas participé à la création de la coutume est lié à elle ; sa propre conscience juridique,

Il serait inconcevable, bien entendu, d'ignorer l'influence des conceptions et des pratiques bien répandues sur les communautés qui s'abstiennent à les suivre. Une pression incessante est exercée par ces conceptions sur les corps dissidents, et ces derniers seront, à toute vraisemblance, amenés en fin de compte à joindre les principes presque généraux et les coutumes presque universelles. Tant que cet effet ne s'est pas produit, les communautés dissidentes peuvent néanmoins se trouver dans la nécessité de se conformer en pratique à la conception juridique prédominante. Cette situation se présente fréquemment dans la société des Etats, où, soit courtoisie, soit conscience de sa propre faiblesse plus d'un Etat se garde de contrevenir à une coutume juridique ou un principe de

qui peut être contraire à celle exprimée par la coutume, n'entre cependant pas en compte. Mais prenons le cas d'un Etat qui transgresse une coutume établie, en accompagnant sa conduite de tous les signes d'être bien conscient de cette métamorphose. Est-ce une nouvelle coutume remplaçant l'ancienne par suite d'un changement de la conscience juridique ou un simple délit du droit positif ? — Personne ne le saurait ! — Le tout est un essai manqué de fonder le droit international sur une source coutumière, la plus incertaine de sources imaginables. La coutume serait caractérisée en même temps par une validité universelle et par la possibilité d'être modifiée par une série des transgressions conscientes. Mais jamais une législation propre ne pourrait intervenir. Si les systèmes différents du droit étatique ont tous eu recours à la fixation des lois générales comme seul moyen d'échapper au caractère primitif des coutumes soit étroites soit vagues, le droit international serait condamné à perpétuité à rester dans un état déplorable, par l'effort doctrinal de glorifier la coutume et de mépriser la convention.

Récemment, Noel-Henry, *Revue de Droit International*, (A. de Lapradelle), 1928, p. 84, a tenté de rouvrir la question, bien qu'assez timidement : « La jurisprudence internationale, qu'elle soit constituée par des précédents diplomatiques ou par des précédents arbitraux, fournit donc des règles susceptibles de s'appliquer à d'autres Etats qu'à ceux qui ont participé expressément à leur formation. La théorie de la particularité des coutumes, d'apparition relativement récente en doctrine, ne semble d'ailleurs pas avoir reçu la consécration de la pratique arbitrale ou diplomatique ; et ceci suffit à la faire rejeter ». Notre auteur trouve une confirmation à sa conception dans ce que « les précédents tirés de la pratique des Etats dans leurs rapports entre eux peuvent être cités comme faits constitutifs d'une coutume liant tous les Etats ». Quant au premier point, nous croyons que le savant auteur a raison. Les précédents diplomatiques et autres pratiques internationales, qui pourraient être considérés comme coutumiers (les procédés arbitraux, étant conventionnels, ne nous occupent pas ici) s'appliqueront assurément à d'autres Etats qu'à ceux qui ont participé expressément à leur formation. Pour préciser, nommons ces autres Etats : ce sont notamment ceux dont la participation n'était pas expresse. Nous avons déjà vu à propos des principes généraux du droit international, qu'à côté de la création (ou de l'acceptation par adhésion ; cette alternative ne constitue pas pour l'Etat participant une différence essentielle) exprime d'une règle de droit, celle-ci, même tacite ou plus simplement présomptive, a le même effet de la rattacher à l'ensemble de l'ordre étatique. C'est justement pour cela que de tels précédents « peuvent être cités » dans les conflits surgissant entre tiers Etats. Mais cette « citation » devra être suivie de la preuve que la coutume en question a force légale pour les Etats en cause. Les précédents ne seront pas, par conséquent, des faits constitutifs d'une coutume liant les tiers Etats ; ils pourront servir, tout au plus, de motifs pour la présomption d'une telle coutume. Mais si M. Noel-Henry doute de la consécration par la pratique étatique

droit en vigueur dans d'autres. Cependant cette pression sociale peut être exercée au dedans de l'Etat aussi bien que dans le domaine international ; les pratiques qui en résultent n'auront pas le caractère de nécessité juridique ; tant que nous sommes en quête de la source formelle du droit, sans vouloir établir les causes de son développement, ni la pure force physique ni la plus subtile pression sociale n'entrent en compte.

Il peut être utile d'éclaircir quelque peu la distinction établie entre les actes étatiques formant le droit international et ceux qu'ont qualifiés d'actes de courtoisie internationale. L'Etat, étant par définition même une construction juridique, chacun de ses actes doit nécessairement être compris comme un acte de droit. C'est une contradiction, au moins

de la théorie de la particularité des coutumes, nous devons souligner, que c'est nettement la pratique des Etats qui a établie le titre étatique, dès lors particulier, des coutumes, à l'encontre des auteurs classiques du droit des gens. La nouvelle doctrine, dans la majorité des cas, escompte cette attitude des Etats, ce véritable « principe général de droit » en formulant que la coutume ne lie que les Etats qui se l'approprient de manière ou d'autre.

L'aspect le plus compliqué de notre question se présente en ce qui concerne les Etats nouveaux, qui se trouvent englobés dans un monde de traditions internationales formées sans la moindre participation des nouveaux corps étatiques. Cet aspect, souvent mal compris et mal jugé, est admirablement dégagé par Cavaglieri, *La conception positive de la société internationale*, *Revue Générale de Droit International Public*, Vol. XVIII, Paris 1911, p. 276 : « La question de savoir si un Etat nouveau est tenu d'observer les règles de droit international antérieures à sa formation et à sa reconnaissance... doit, ainsi formulée, recevoir une réponse négative, car on ne peut admettre qu'un Etat soit tenu de respecter une règle juridique qu'il n'a pas expressément ou tacitement reconnue par sa propre volonté. Mais il faut bien au contraire donner une réponse affirmative, si, par cette question, on se demande si le nouvel Etat doit, lorsqu'il veut engager tel ou tel rapport juridique avec d'autres Etats, adhérer en même temps aux règles de droit international, que la volonté collective des Etats préexistants a reconnues nécessaires à la réglementation du rapport en question. Cette adhésion dépend toujours néanmoins de la volonté du nouvel Etat, car il ne doit pas ignorer que la formation du rapport impliquait l'acceptation de ces règles. En ce qui concerne les Etats de civilisation extra-européenne, le problème se présente sous le même aspect ». — La constitution des rapports juridiques (et tout rapport officiel entre Etats est nécessairement juridique) implique une certaine égalité des règles de droit en vigueur pour les deux parties. C'est pourquoi la confection d'un tel rapport, exception faite d'une stipulation expresse à effet contraire, peut être prise comme preuve de la réception des règles préexistantes dans la matière de la part de l'Etat nouveau qui n'a pas encore développé de règles correspondantes par voie législative, conventionnelle ou coutumière. L'élaboration des règles en question par la « volonté collective » des anciens Etats n'a pas d'importance en principe, bien qu'il faille concéder que les rapports préliminaires, dont il s'agit en l'espèce, comme la reconnaissance mutuelle, les relations diplomatiques, etc., sont réglés d'une manière assez uniforme pour toute la « collectivité » internationale. — Ajoutons que c'est à juste raison que l'éminent auteur a souligné la liberté juridique du nouvel Etat de donner ou de refuser son adhésion à l'ordre international préexistant. Bien qu'anéantie par la pression exercée en fait par l'unité de la civilisation moderne, cette liberté juridique de tout Etat est un trait essentiel du monde contemporain.

apparente, à la distinction générale entre les actes juridiques de l'Etat et ceux qui n'ont pas le caractère de « nécessité juridique » ; un court examen suffira, cependant, à expliquer ce point.

Un acte étatique est un acte attribué par le droit étatique à la personne « Etat ». Cette qualité est donnée aux actes émanés de personnes différentes par la compétence à elles confiée d'agir au nom de l'Etat, ce qui signifie la reconnaissance par le droit étatique de la responsabilité de la personne collective « Etat » pour ces actes. Dans ce sens, chaque acte étatique, étant un acte prévu par le droit et attribué par lui à l'Etat, est sans doute un acte juridique. Cependant nous pouvons distinguer diverses formes de l'acte de l'Etat d'après leur « nature » ou, plus exactement, d'après leurs *effets*. Ainsi, prenons la divergence entre une sentence judiciaire et une déclaration ministérielle, ou entre une note diplomatique contenant la déclaration de guerre et une note diplomatique contenant des condoléances à l'occasion de la mort d'un Chef d'Etat. La différence en est qu'une catégorie des actes étatiques a un effet juridique sur la conduite subséquente des hommes, c'est-à-dire qu'elle *engendre des effets juridiques*, tandis que l'autre catégorie — généralement connue comme celle des *actes politiques ou de courtoisie* — n'en a pas. Il en est de même dans la sphère des relations internationales : Tout acte commis au nom de l'Etat est un acte étatique, c'est-à-dire un acte attribué par le droit à l'Etat, donc un acte juridique. Il en est ainsi à l'égard de la ratification d'un traité aussi bien que d'une note verbale présentée par l'ambassadeur ou de la réception organisée en l'honneur d'un Chef d'Etat étranger. Tandis que le premier acte a non seulement une source juridique, mais encore des effets juridiques, les actes dernièrement mentionnés n'en auront pas. Dans le cas de la note verbale nous parlerons de la *pratique diplomatique*, dans celui de la réception — de la *courtoisie internationale*.

Pour définir : chaque acte étatique est juridique *par origine*, car sa confection en tant qu'étatique n'est possible qu'en vertu du droit qui détermine la compétence de ses auteurs.

Mais chaque acte étatique n'est pas juridique *par destination*. Le droit en général est destiné à affecter la conduite humaine. Un acte, qui n'engendre pas la nécessité juridique d'une conduite humaine correspondante, n'a pas d'effets juridiques. Nous distinguons par conséquent dans la théorie de droit deux sortes d'actes juridiques : les règles juridiques et les faits juridiques. La courtoisie, ou toute autre pratique qui n'implique aucune règle de droit, est donc un simple fait juridique.

Mais lorsqu'on parle des actes juridiques internationaux dans le sens étroit du mot, on embrasse, outre les *règles de droit*, aussi ceux des *faits de droit* qui sont eux-mêmes l'effet d'une règle impérative prescrivant l'attitude en question. Une distinction aussi marquée entre une conduite discrétionnaire et une conduite prescrite est inconnue dans le domaine de droit interne ; son importance dans le domaine international dérive de ce que chaque Etat y est présumé *libre et compétent* pour accomplir des actes de toute sorte, *sans être lié* à les accomplir. Une telle liaison juridique, concrète, doit être donnée pour restreindre la compétence illimitée de l'Etat. Cette liaison sera évidente dans le cas du règlement conventionnel ou législatif de la matière (1), mais apparaîtra plus douteuse lorsque nous aurons affaire à une pure pratique sans principe juridique dûment formulé. Il faudra alors dégager si la pratique ne signifie que la réalisation fortuite d'une compétence discrétionnaire, ou si elle peut être considérée comme l'application d'un principe juridique impératif. Si la dernière hypothèse est donnée, nous dirons que la pratique autorisée par le droit se développe en une *règle juridique coutumière*, basée sur la *iuris necessitatis opinio*.

(1) La majorité des auteurs croit encore devoir insister sur ce point qu'un règlement unilatéral d'une question internationale, telle une loi interne, n'est pas du droit international proprement dit. Nous aurons encore à traiter cette question. Ici nous nous bornerons à indiquer que pour l'Etat A, lié, le titre de son obligation est toujours identique, et réside dans sa propre volonté, qu'elle soit exprimée par la ratification d'un traité ou par la sanction donnée à un projet de loi. La différence ne se présente que du point de vue de l'Etat B, intéressé ; la législation étrangère, à elle seule, ne lui fournit aucun moyen de se présenter comme partie en cause, tandis que le règlement conventionnel force la matière à entrer dans son propre système de droit et lui laisse la faculté de défendre en droit ses intérêts lésés.

Bien évidemment la force légale d'une coutume pour un Etat réside dans l'accomplissement de cette double condition de sa part : il doit pratiquer l'usage et il doit partager la conviction de la nécessité juridique de cet usage (1). Mais qu'est-ce que la « conviction de la nécessité juridique » sinon *la volonté de se considérer juridiquement lié ?*

On a souvent prétendu que la coutume est une source du droit international positif, sans se donner toujours la peine d'analyser le caractère de la coutume. Ainsi on a même cherché à annihiler les règles juridiques établies par les Etats, en évoquant l'autorité des « coutumes universelles ». Nous avons examiné cette « source » ; nous sommes parvenu à la conclusion qu'un Etat n'est lié qu'à sa propre coutume et que, même ici, c'est surtout sa propre volonté d'être lié qui détermine la condition en droit. Le problème de la coutume se trouve donc réduit à celui de la volonté étatique, dont il n'est qu'une démonstration.

★ ★

§ 9. — Les Traités

A côté des coutumes, les traités conclus entre plusieurs Etats sont présumés être la source du droit international positif. Et, prenant le terme de « source » comme indiquant l'autorité juridique pure et simple, sans la restreindre au degré suprême de cette autorité, comme plusieurs font, il faut reconnaître la justesse de cette affirmation. En effet, le rôle des traités, en tant que documents du droit international, est le plus éminent. Il faut noter surtout que c'est par le traité que nous recevons par excellence une expression identique des conceptions juridiques des Etats différents sur la matière en question. Elle reçoit une qualification juridique égale, en

(1) D'ailleurs, un Etat peut être présumé lié par la coutume même dans le cas où il n'a pas eu d'opportunité de la pratiquer, si seulement son *opinio iuris* est prouvée. C'est que le facteur essentiel pour la validité juridique est la volonté de la personne compétente ; la pratique n'a pas d'importance dans des circonstances normales.

vigueur dans tous les Etats contractants. C'est précisément ce caractère des traités, ainsi que leur prédominance en droit international, qui a conduit la doctrine à consentir à l'opinion si répandue d'après laquelle le droit international est de par sa nature un *droit commun*. Par là on veut dire que, par opposition au droit interne recevant validité par la volonté dûment exprimée d'un Etat particulier, une règle ne devient valable en droit international que par les expressions de volonté de la part de plusieurs Etats. Ainsi le droit international se trouvera construit de manière *plurilatérale* (au moins-bilatérale), tandis que le droit interne est *unilatéral* (1).

A quelles exigences le droit international doit-il satisfaire pour être un droit commun, comme la plupart des auteurs le prétendent ? Deux points de vue sont concevables : l'un, matériel, l'autre formel.

Matériellement, il est possible de comprendre, sous le nom de droit international, les règles dont le contenu a une validité qui ne se borne pas à un seul Etat, mais embrasse une sphère plus vaste, interétatique. Dans ce sens le principe de la prescription au titre de la possession, ou celui de la *res judicata*, seraient du droit international. Tous les principes généraux de droit, en vigueur dans les systèmes différents de droit privé et public, pourraient, au même titre, prétendre faire partie du droit international (1). Toute règle conven-

(1) Ainsi, entre autres, de Louter, *Le droit international public positif*, Oxford 1920, I, p. 34 : « Un droit international particulier d'un seul Etat est inconcevable parce que le droit suppose plusieurs Etats ». Despagnet, *Cours de droit international public*, Paris 1894, p. 70 : « ...droit international positif... doit s'appliquer aux différents Etats et être admis par eux. » Ullmann, *Völkerrecht*, Tubingue 1908, p. 28 : « Le droit international... est l'ensemble des règles positives de droit, dérivant des sources internationales reconnues ». Rivier, *Principes du droit des gens*, Paris 1896, I, p. 7 : « Quand on parle du droit international de la France, des Etats-Unis, de la Belgique, de la Suisse... on devrait plutôt... dire droit public externe ». Fauchille, *Traité de droit international*, Paris 1925, I, 1, p. 25 : « Le contenu du droit international est déterminé par un accord de volontés... entre deux ou plusieurs Etats ». Et surtout Triepel, *Droit international et droit interne*, Oxford 1920, p. 32 : « La loi d'un seul Etat... ne pourrait engendrer que du droit étatique, non du droit international... Seule peut être source du droit international une volonté commune de plusieurs ou de nombreux Etats ».

Nous examinons le problème de la « volonté commune » dans le § consacré aux traités, vu l'interdépendance essentielle de ces deux questions et l'impossibilité de bien comprendre l'une sans avoir éclairé l'autre. Les auteurs partant d'un accord des volontés, déclarent même la coutume un « accord tacite ». Ainsi Redslob, *Histoire*, p. 11.

(1) Cf. H. Lauterpacht, *Private law sources and analogies of international law*, London 1927.

tionnelle, puisqu'en vigueur dans deux Etats au moins, le serait aussi. Une règle coutumière ou légiférée serait tantôt du droit interne — si une règle analogue n'est pas adoptée dans quelqu'autre Etat, tantôt du droit international — si un second Etat la pose également. La zone des eaux territoriales de 3 milles était autrefois du droit interne de l'Angleterre ; adoptée par d'autres Etats également, elle s'est transformée dans une disposition du droit international. Le code pénal italien était du droit interne ; cependant, depuis 1926 ses prescriptions sont en majeure partie du droit international, puisque en cette année la Turquie a adopté un code pénal presque identique. Mais du moment où soit l'Italie, soit la Turquie abrogeront ce code, il rentrera dans les cadres du droit interne. Parmi les documents les plus importants du droit international il faudrait placer les Institutes de Justinien, le Code Napoléon et le Code Civil Suisse. On voit donc qu'une telle construction d'un droit international caractérisé par la « communauté » matérielle de ses règles est, sans doute, possible, mais qu'une telle classification n'accomplirait aucunement la tâche de formuler la réglementation juridique des relations internationales, tâche sous-entendue par tout le monde en parlant du droit international.

Du point de vue formel, la construction multilatérale du droit international se développe dans deux directions différentes. L'une, avec Triepel et Verdross comme représentants principaux, nie l'importance fondamentale de la volonté étatique en la matière, en affirmant l'existence d'une volonté constituante spécifique pour le droit international. Triepel n'est pas encore tout clair sur son essence et parle mystérieusement de la « volonté commune » ; Verdross est déjà plus décisif et précise cette volonté comme émanant de la « communauté internationale ». Ainsi une personne nouvelle se trouve construite, avec compétence souveraine de faire du droit international. Cette idée de la personnification de l'autorité suprême du droit international est la conséquence logique de toute construction d'un droit universel, rationnel ou naturel. Cependant le même obstacle, auquel toutes ces construc-

tions idéalistes se heurtaient depuis des siècles, subsiste encore de nos jours : il n'y a aucune possibilité à voir une source, socialement positive, d'un tel droit. Cette difficulté ne pouvait être surmontée même par les efforts ingénieux et magnifiques de Verdross. Son argument principal est celui : la communauté internationale a une volonté spécifique, source suprême de tout droit. Cette volonté édicte certaines règles fondamentales, et en outre renvoie aux Etats particuliers. — Dans ce schéma, les Etats particuliers ont seuls une réalité juridique, ils sont seuls à exercer une positivité sociale ; la « communauté » prise comme autorité suprême n'est au contraire qu'une simple hypothèse nullement démontrée. Cette hypothèse est, en outre, tout à fait irréconciliable avec la souveraineté assignée aux Etats par les manifestations les plus importantes du droit positif.

Un autre courant ne va pas aussi loin. On ne prétend pas substituer une volonté distincte à la volonté étatique, mais se borne à exiger le concours, l'accord des volontés étatiques. Cependant cet accord, ne possédant pas un *substratum* distinct de celui des volontés particulières, ne représente, en somme, qu'une simple addition de plusieurs actes juridiques à contenu identique. Sans agent — pas d'acte ; or l'agent spécifique y fait défaut. Donc la somme, à elle seule, n'est pas même un acte ; la qualité juridique ne résidera que dans les actes proprement dits — c'est-à-dire dans ceux des Etats particuliers. Ainsi le traité, acte « commun » de quelques Etats, produit de l'accord de leurs volontés, se présente à l'analyse juridique comme une simple coïncidence des actes étatiques (1).

Cette considération nous fournit un élément essentiel pour l'exacte définition du traité. Le traité apparaît comme l'acte juridique d'un seul Etat ; sa validité est dérivée de ce même Etat (2). Mais à cette condition unilatérale s'ajoute un

(1) La question a été traitée par Kelsen. En voir le résumé in : Akzin, dans la *Revue de Droit International*, 1927, p. 359.

(2) Ainsi s'est exprimé le juge américain Ellsworth, dans l'affaire *Archibald Hamilton et Co. v. Eaton*, 1796 : « A treaty when it is in fact made, is, with regard to each nation that is a party to it, a national act, and expression of the national will, as much so as a statute can be », (cité d'après Walz, *op. cit.*, p. 48).

Une analyse excellente de la nature des traités internationaux, complète et pré-

autre moment, celui d'un *enchaînement* de la volonté exprimée de l'Etat A avec une *volonté corrélative* de l'Etat B. La mise en vigueur de l'acte de A ne s'effectue qu'avec la mise en vigueur d'un acte correspondant de B. Ainsi *l'essence du traité* devient toute évidente : il s'agit d'une *corrélation des actes étatiques*.

A cet égard il faut considérer une source importante des malentendus, dûe à la fréquente absence de l'incorporation formelle des traités dans l'ensemble du droit interne. On peut souvent entendre l'argument suivant : si un traité a passé la procédure législative ordinaire et qu'il soit dûment promulgué et publié dans le journal officiel — ses dispositions auront, certes, force de loi en vertu du droit interne. Mais, à défaut de cette procédure, quel serait son titre légal en droit interne ? Aucun ! Donc la seule possibilité d'expliquer sa force légale est de la faire ressortir d'une règle du droit international, indépendante des droits étatiques et donc supérieure à eux. D'autre part, les auteurs allemands et anglais, qui nient le droit international, se servent du même argument pour dénier toute force juridique à de tels traités.

Ces deux conceptions découlent de la même erreur fondamentale. La situation exacte est celle-ci : le droit étatique est un système de compétences. Certaines personnes — appelées *organes* — ont *compétence* pour accomplir certains actes. Cela veut dire que certaines expressions de volonté ne seront pas censées actes privés, mais seront rattachées à l'Etat. Les sources de cette compétence sont parfois textes formels, parfois, coutumes établies. La compétence, une fois posée, implique la reconnaissance de tout acte postérieur qui pourrait être accompli en raison de cette compétence. Le droit peut contenir la disposition que les actes commis par certains organes doi-

cise, est contenue dans Hall-Higgins, *op. cit.*, p. 7 et suiv. L'auteur parvient à des conclusions analogues : « On thus exposing the nature of treaties to analysis, no ground appears for their claim to exceptional reverence. They differ only from other evidences of national opinion in that their true character can generally be better appreciated. » (p. 11). « Treaties are mere evidences of national will, not necessarily more important, and occasionally, from being the result of a temporary exigency, less important than some unilateral acts. » (p. 12). Il croit, dès lors, que « all indications of national opinion with reference to International Law are to be considered of an equal weight. » (*eod. loco*) Strupp, dans ses *Eléments du droit international public*, donne une construction analogue des traités.

vent être sanctionnés par d'autres organes. Cela revient à dire que la compétence du premier organe est provisoire ou même imparfaite. Mais, d'autre part, le droit est libre de reconnaître un acte passé par un organe quelconque comme acte d'Etat. Cela veut dire que, d'après le droit étatique, l'acte passé est censé lier l'Etat. Ainsi, aucune différence à cet égard n'existe entre un traité de commerce ratifié par le Président de la République Française après vote des deux Chambres, un traité politique ratifié par l'autorité du Président seul et l'accord signé par le Ministre des Affaires Etrangères, l'ambassadeur ou l'expert technique. La même Constitution qui établit la compétence du corps législatif dans une matière, établit la compétence du Chef du Pouvoir Exécutif dans une seconde, et autorise la délégation de cette compétence aux fonctionnaires dans la dernière. En d'autres Etats, où la Constitution ne répartit pas formellement les pouvoirs en question entre les divers organes étatiques, c'est la coutume qui accomplit cette tâche. Mais toujours faut-il insister sur la donnée principale : *les pouvoirs en question sont toujours des compétences étatiques rattachées à des organes étatiques*. Les organes étatiques sont des personnes à qui le droit étatique donne cette qualité. Aussi tous leurs actes en tant qu'organes sont nécessairement des conséquences du droit interne de l'Etat (1). Et, tant qu'un acte commis par un organe étatique en cette qualité est valable, tant qu'il est censé acte de l'Etat, c'est toujours en vertu du droit étatique qu'il l'est. Ainsi les relations internationales, en tant qu'elles revêtent une forme juridique, le font en s'incorporant explicitement ou implicitement aux institutions des droits étatiques respectifs. Nous sommes déjà parvenus à cette conclusion à propos des coutumes ; nous pouvons l'affirmer maintenant avec la même vigueur à propos des actes du droit international conventionnel.

Cela suffit pour mettre au point l'autre conception, également erronée, d'après laquelle le droit international ne lie pas l'Etat. Une certaine vérité est comprise dans cette expres-

(1) V. Kelsen, *Das Problem der Souveränität*, p. 177. — Version française dans la *Revue de Droit International*, 1927, p. 355 et suiv.

sion, il faut seulement la dégager avec exactitude. En tant que le « droit international » n'est pas reconnu par l'Etat en question, il ne le lie certainement pas. Seulement, dans ce cas, il ne s'agit pas d'un droit en vigueur proprement dit, mais d'une conception privée de force légale positive. Lorsque le « droit » est, par contre, reconnu par l'Etat, il vaut certainement en vertu de cette reconnaissance, c'est-à-dire en vertu de son incorporation dans le droit étatique, en tant que règle de droit interne. Cependant il est futile d'exiger pour une telle incorporation la sanction législative ou judiciaire. L'action des organes gouvernementaux et administratifs suffit également. Les actes juridiques accomplis, dans les limites de leurs compétences, par les fonctionnaires du service diplomatique font partie du droit étatique au même titre que les actes des fonctionnaires des autres branches du service public de l'Etat.

On a introduit, à cet égard, une distinction entre deux catégories différentes de compétences des organes étatiques. On cite et analyse les cas où un organe étatique excède sa compétence interne tout en restant au-dedans de sa compétence internationale. Par cette construction on s'efforce à prouver que les organes consacrés aux relations internationales possèdent une qualification internationale distincte de celle qu'ils tiennent en vertu du droit interne (1). Cependant le schéma de deux compétences différentes est tout arbitraire ; il n'a aucune base ni dans les systèmes de droit positif, ni dans la pratique juridique internationale. Le phénomène bien connu, savoir qu'un Etat est considéré comme lié à l'égard d'un Etat tiers en vertu d'un acte émané de l'organe compétent pour l'accomplir même si cet organe n'a pas observé les dispositions réglant l'exercice de sa compétence, est considéré à tort comme le fondement de cette double compétence. En vérité il ne s'agit dans l'hypothèse que d'un principe juridique également reconnu en droit public comme en droit privé et d'après lequel une tierce personne, si de bonne foi, ne doit pas souffrir de l'acte commis par un représentant dans les limites de sa compétence,

(1) Ainsi surtout Nippold, *Der Völkerrechtliche Vertrag*, Bern, 1894, p. 117 et s.

mais en transgression des conditions à lui imposées ; dans ce cas le représenté doit accomplir l'obligation prise en son nom, et libre à lui de recourir à l'auteur de l'acte. C'est exactement ce qui se produit lorsqu'un Chef d'Etat, compétent pour ratifier les traités au nom de son Etat, le fait sans avoir satisfait à la prescription constitutionnelle relative à une décision préliminaire du Corps législatif. L'acte est consommé ; la responsabilité de l'Etat est établie ; les sanctions prévues contre le Chef d'Etat pour la non-observation des conditions d'exercice de sa compétence peuvent néanmoins prendre et suivre leur cours.

Un tel effet, bien entendu, se limite aux seuls cas de la décision prise par une dernière instance, dont les actes ne peuvent pas être annulés par le supérieur hiérarchique. Voilà pourquoi un Etat est libre de dénoncer l'accord conclu en son nom par un plénipotentiaire autre que le Chef d'Etat, qui est l'organe suprême en ce qui concerne la sphère des relations internationales dans l'Etat moderne.

On ne saurait nier le régime différent que les traités ont trouvé dans les systèmes juridiques des divers Etats. A cet égard la distinction fondamentale entre la conception anglo-américaine, qui établit la validité du droit international envers toute personne privée ou tout organe étatique à l'intérieur de l'Etat, et celle de la pratique continentale, qui souvent maintient que les règles du droit international ne possèdent force obligatoire qu'envers quelques organes déterminés, est une distinction très importante. C'est la question connue sous le nom de problème du destinataire du droit international. Ce qu'il importe de reconnaître à présent, c'est le fait que dans chacune de ces hypothèses la validité de la règle du droit international, soit envers toute personne concernée, soit seulement envers les organes des relations extérieures, est toujours un phénomène du droit interne. L'extension ou le resserrement du champ d'application d'une règle juridique varie souvent en droit étatique. C'est lui qui détermine le domaine de son application et le cercle des personnes par elle liées ; les différences quantitatives dans l'étendue de ce cercle ne nous donnent au-

cune raison de déporter la règle en question au-delà des cadres du droit étatique (1).

La doctrine du droit des gens a développé, en ce qui concerne les conventions internationales, une théorie ingénieuse d'après laquelle deux catégories différentes de conventions doivent être distinguées, dont la portée juridique serait différente. Les divers auteurs ont légèrement modifié les noms et les caractères de ces catégories, mais, de manière générale, leur conception commune est à peu près la suivante : à côté des traités qui ne sont que des *contrats* du droit international, conclus entre les parties en vertu de ce droit, il existe des *conventions créatrices* de règles du droit international. Pour l'éclaircissement de cette distinction entre les deux catégories nous possédons diverses explications qui peuvent, cependant, toutes être réduites à deux raisonnements fondamentaux attachés aux noms de Rivier et de Triepel. Rivier déclare : « Les traités qui ne sont pas de simples documents de la coutume, mais qui forment, dans le sens défini plus haut, des sources du droit des gens, sont ceux où l'intention des Etats contractants est précisément de légiférer en matière du droit des gens, soit qu'ils entendent créer un ou plusieurs principes nouveaux, soit qu'ils veuillent développer un principe ou des principes déjà existants » (2). La référence précitée concerne un autre passage que nous donnons avec son contexte : « La conscience juridique commune ou internationale est manifestée par des faits que l'on désigne souvent comme les sources du droit des gens. Ce sont des sources secondaires. Là source première est la conscience juridique commune... Les Etats... se soumettent à des principes communs, doit ils reconnaître la nécessité. Cette soumission volontaire s'affirme et s'exprime dans la coutume et dans les traités générateurs du droit des gens » (3). Rivier semble indiquer la nécessité d'examiner le contenu de toute règle conventionnelle en droit international. Si cette règle peut être réduite à une règle coutumière analogue, alors

(1) Pour le fondement théorique des étendues diverses des règles de droit interne, V. Akzin, dans la *Zeitschrift für öffentliches Recht*, 1929, p. 206.

(2) *Op. cit.*, p. 37.

(3) *Eod. loco*, p. 27.

le traité en question ne sera qu'un simple « document de la coutume » ; si, au contraire, la règle contient « un principe nouveau » ou, tout au moins, « un développement d'un principe déjà existant », nous aurons affaire à un « traité générateur du droit des gens ».

La méthode de Rivier, strictement appliquée, présente quelques difficultés pratiques, de nature à rendre sa valeur assez douteuse. Un traité sera simple document de la coutume s'il se borne à fixer l'état de droit coutumier existant au moment de sa conclusion entre les Parties Contractantes. S'il y a une déviation quelconque de cet ordre coutumier, nous pourrions déjà discuter la présence d'un « développement d'un principe existant », et devrions qualifier le traité en « traité générateur » puisqu'il ne pourra servir de document de la coutume qu'il va précisément modifier. Nous nous trouverons dès lors, en présence d'un tel nombre de « traités générateurs » que cette notion se trouvera ridiculisée. Un traité de commerce, d'arbitrage, etc., sera « générateur » pour le droit en vigueur entre les Contractants. Ce sera vrai même dans le cas du simple renouvellement d'un traité expirant, si le renouvellement ne s'effectue pas de manière automatique en vertu d'une disposition de l'ancien traité. Faut-il alors interpréter la méthode de Rivier d'une façon plus large ? Suffit-il, pour constituer un traité simple, « document de la coutume », que les principes y contenus aient formé partie d'une coutume quelconque, non pas nécessairement en vigueur entre les Etats Contractants, mais ayant été en force, en quelque temps et en quelque lieu que ce soit ? En faveur d'une telle interprétation on pourrait argumenter que la « conscience juridique commune » est une et unique... Cependant un tel raisonnement, historiquement très juste, représente pour l'analyse *juridique* une absurdité, puisque la règle juridique d'une tierce partie n'a pas la moindre validité pour un Etat étranger. Comment sortir de ce labyrinthe théorique ? Ce ne sera, en tout cas, l'exigence de « l'intention de légiférer en matière du droit des gens », qui nous servira de guide. La notion de législation en matière internationale est tellement obscure que son intervention ne peut que compliquer le problème.

Il faut apprécier l'idée de Rivier et d'autres jurisconsultes éminents, qui cherchent à introduire de la clarté dans le problème des conventions internationales, en les groupant suivant leur importance plus ou moins grande pour le développement du droit des gens. Cependant, leurs efforts en vue d'établir une distinction exacte entre les groupes divers des conventions ne peuvent pas être considérés satisfaisants. Leur classification est tellement équivoque, qu'il vaut mieux y renoncer complètement.

L'autre courant de cette doctrine est représenté surtout par Triepel, qui lui fournit l'expression classique : « Le contrat ne peut pas produire de règles juridiques, parce que, d'après sa nature, il ne peut pas faire naître une volonté commune. Mais, ce que le contrat ne peut jamais, la *Vereinbarung* le peut. Les Etats peuvent créer du droit objectif, quand ils adoptent par *Vereinbarung* une règle qui doit régir leur conduite ultérieure d'une façon permanente » (1). Nous nous permettrons d'examiner les assertions contenues dans ce raisonnement.

« Le contrat ne peut pas faire naître une volonté commune » — Pourquoi donc ? Ce raisonnement se rattache à l'idée des intérêts opposés, ou tout au plus complémentaires et donc différents, des Parties Contractantes. Mais si l'on parle de la *volonté* dans son sens juridique, c'est-à-dire, de l'impératif énoncé par l'autorité compétente, la « volonté » se trouvera bornée au respect du traité, c'est-à-dire, à son observation ordonnée par le droit, et cela sans relation au contenu du traité. Donc, la « volonté » des Parties sera commune dans tout traité, même dans celui qualifié par M. Triepel comme simple contrat. Que l'on n'objecte pas que cette manière de voir est trop formaliste. Elle est la seule possible. Si nous essayons de classer les traités d'après les intérêts politiques et les intentions intimes qui dominaient les Parties lors de leur conclusion, nous ne parviendrons jamais à la découverte d'une « volonté commune » quelconque ; nous nous

(1) Droit International et droit interne, 1920, p. 68 et suiv.

perdrions dans le labyrinthe des tendances formulées ou sous-entendues.

« Les Etats peuvent créer du droit objectif par *Vereinbarung* » — Qu'est-ce que le savant auteur veut dire par cela ? Que les Etats peuvent créer par *Vereinbarung* un droit en vigueur plus large, excédant les limites des Parties contractantes et embrassant des Etats tiers ? Mais ce serait une absurdité complète. Le « droit objectif » qu'ils créent, c'est précisément la « règle qui doit régir leur conduite ultérieure ». C'est un droit à validité bilatérale en vertu de la *Vereinbarung*. Mais est-ce que, dans le cas d'un contrat, la situation est différente ? Il s'agira là de même d'une « règle qui doit régir leur conduite ultérieure », le champ d'application sera le même — les Parties Contractantes, le titre juridique sera le même — l'accord des Parties dûment ratifié. Et quel est donc l'élément mystérieux qui intervient et transforme le droit *objectif* de la *Vereinbarung* en droit *subjectif* dans le cas du contrat ? Nous croyons que ces adjectifs n'ont ici aucun sens, sont inutiles et, donc, nuisibles. Ils compliquent la question sans pouvoir l'éclaircir. En vérité, les termes de droit objectif et de droit subjectif ne font que signaler la dérivation du droit en question soit d'une autorité supérieure, soit du destinataire du droit lui-même. En droit international, une règle sera toujours « objective » envers les Etats liés, si l'on admet une autorité juridique quelconque au-dessus des Etats, ne serait-ce que l'autorité d'une règle morale, par exemple celle de *pacta sunt servanda* ; mais regarde-t-on la volonté étatique comme autorité suprême, et toute règle de droit international sera « subjective ». L'étendue de l'accord, la nature des intérêts, aussi bien que ses autres caractéristiques, n'y sont pour rien.

« Le contrat ne peut pas produire de règles juridiques » — assertion toute erronée, basée sur la distinction entre le *Rechtssatz* (règle juridique) du droit public et le *Rechtsgeschaeft* (transaction juridique) du droit privé familière à la théorie juridique allemande. Cependant le droit international, réglant les relations des Etats pris comme entités politiques,

est nécessairement un droit public ; ses dispositions affectent, dès lors, toujours la conduite postérieure de tierces personnes qu'elles tendent à régler ; elles devront donc être considérées par leur nature comme *règles de droit*. La simple transaction juridique, qui se borne à la création d'un *fait*, sans produire une *règle* proprement dite, ne peut jamais être empruntée au droit privé et introduite dans le système du droit public. Tout ce qu'on pourrait admettre dans notre cas, à titre de distinction entre les règles internationales conventionnelles, c'est celle entre les règles générales et les règles spéciales, ou celle entre les règles hiérarchiquement supérieures et hiérarchiquement inférieures. A prendre l'analogie du droit interne, il s'agirait en l'espèce des *lois* et des *décrets*. Mais encore cette analogie serait défectueuse, parce qu'en droit international ce sont précisément les mêmes organes qui sont compétents pour accomplir les *Vereinbarungen* et les contrats (1). Les *Vereinbarungen* ne sont pas des Constitutions, les *contrats* ne représentent pas des ordonnances. Leur force légale est indente ; leur autorité — égale ; la mesure de leur généralité — varie de même. Nous sommes incapables de comprendre la différence juridique fondamentale entre un traité de commerce ou un compromis d'arbitrage d'un côté, et entre la convention de La Haye ou le Pacte de la Société des Nations de l'autre ! Un traité de paix serait, d'après Jellinek, Triepel etc., qualifié sans doute de « contrat ». Le Pacte serait sans doute une *Vereinbarung*. Nous croyons la distinction dénuée de toute valeur juridique, étant donné que le Pacte est une partie inhérente du Traité de Versailles et d'autres traités de paix ; que la *Schlussakte*, l'Acte final de 1815 forme une partie intégrante du Traité de paix de Vienne ; que la déclaration sur le droit maritime de 1856 est une partie du Traité de paix de Paris. Il serait, assurément, préférable d'éviter la création arbitraire de catégories juridiques susceptibles d'évoquer la notion du

(1) La différence entre diverses catégories de traités en ce qui concerne la nécessité de leur ratification parlementaire n'a aucun rapport avec le problème discuté. Elle est dominée par la considération d'une expédience politique qui prévaut dans toute hypothèse qui n'affecte pas l'assiette territoriale ou la liberté fiscale du pays.

seul droit international « subjectif », et de ne faire que compliquer la matière.

Sous quelque forme que le droit conventionnel apparaisse, ces formes, le pacte solennel, le traité formel proprement dit, l'agrément diplomatique, ne sont que l'expression des volontés juridiques corrélatives des Etats contractants. C'est ainsi que nous devons qualifier le *droit conventionnel de droit étatique se référant formellement à la coexistence d'un droit corrélatif d'un autre Etat*. Dans ce schéma, qui attribue l'autorité juridique à la volonté étatique unilatérale, la différence entre le droit conventionnel et le droit coutumier devient minime : la coutume, établie dans plus d'un seul Etat, peut être considérée comme une corrélation non formelle, non explicite, de plusieurs droits étatiques. Strupp, bien qu'étant partisan d'une construction multilatérale du droit international, est conscient de la défectuosité d'une distinction fondamentale entre les diverses catégories du droit des gens, dont il formule l'unité : « La source du droit international est la convention : a) tacite (droit international coutumier) et b) explicite » (1). Strupp préfère évidemment souligner l'importance décisive de la corrélativité dans le système du droit des gens. Nous croyons nécessaire de passer outre au phénomène de corrélativité, qui n'embrasse que le droit conventionnel et partie du droit coutumier, tout en excluant les coutumes particulières d'un seul Etat et les règles étatiques codifiées restées indépendantes de toute corrélation aux droits étrangers, et de procéder à l'examen d'une source générale, apte à expliquer la validité juridique de toute règle affectant les relations interétatiques. Dans cette recherche il nous faut revenir à la volonté de l'Etat.

(1) Strupp, *Theorie und Praxis des Völkerrechts*, Berlin 1925, p. 3.



§ 10. — **La Volonté étatique** ⁽¹⁾

La pratique des relations internationales a depuis longtemps reconnu que nul Etat ne peut être assujéti aux *obligations* juridiques, sinon de sa propre volonté. Chaque fois qu'on a tenté de soumettre un Etat à une telle obligation dénuée de reconnaissance on a argumenté de la morale et non pas du droit. Mais la consécration juridique de cette obligation a été toujours un acte juridique, par lequel l'Etat concerné se déclare solidaire de la conception en question. Cet acte peut être obtenu par force, par une pression militaire ou diplomatique. Le plus souvent il s'agira d'un traité de paix conclu après une guerre victorieuse et dont les stipulations sont dictées par le vainqueur.

Certains auteurs contestent la valeur d'un tel traité obtenu par la force : ils croient que la libre volonté de l'Etat vaincu y était opprimée et que, par conséquent, l'expression de cette volonté n'a pas de valeur. Cependant une écrasante majorité de jurisconsultes estiment qu'une menace physique de l'organe chargé de la ratification peut seule constituer une cause de nullité. Ils ont certainement raison, puisque les Etats sont des corps sociaux démonstratifs de tous les mouvements et de toutes les pressions de la société humaine. Toute « pression » sur l'Etat est une influence sociale justifiée par son existence même, et il n'est que naturel que le droit issu du développement social en tienne compte. Quant à la pratique, elle a toujours reconnu l'importance de la force dans les relations sociales. Tant que la guerre est possible en droit, les

(1) En parlant de la volonté étatique comme de la source unique de tout droit, nous ne voulons aucunement justifier l'absolutisme étatique par opposition au libéralisme. Nous croyons plutôt que, indépendamment des tendances politiques adoptées, du choix entre la nation, le monarque ou la classe comme « porteur » de la souveraineté, ou de la bataille entre l'Etat-policier et l'Etat libéral, la forme spécifique de l'autorité créatrice du droit sera toujours l'autorité qui sera présumée représenter la volonté étatique.

termes du traité de paix imposé sont valables. Et, quant à la portée juridique d'un tel traité, nous avons déjà vu qu'elle représente l'accord des volontés des contractants. Même la force, pour aboutir à un effet juridique, doit recourir à la forme de l'auto-obligation de l'Etat concerné. Dans toute autre hypothèse, cela va de soi.

En ce qui concerne l'attribution des *droits* dans la sphère des relations internationales, elle s'effectue également par la volonté de l'Etat en question. En effet, quel est, d'après un système étatique positif, son titre juridique à prétendre une certaine compétence ? C'est toujours l'adoption de cette compétence par son ordre. C'est pourquoi un traité entre deux Etats ne peut pas affecter la position juridique d'un Etat tiers ; pour la même raison toute règle en vigueur dans un Etat quelconque, mais non en vigueur dans un autre Etat, ne peut jamais être juridiquement invoquée par ce dernier. Elle ne le peut, parce que et autant qu'elle n'a pas de validité pour lui. Du moment toutefois qu'il la reconnaît, ne serait-ce qu'implicitement, notre Etat possédera le titre recherché.

Est-ce qu'un tel système ne présente pas l'incarnation de l'arbitraire ? Assurément, c'est le cas. Tout Etat est libre de prétendre au maximum imaginable des compétences. Les jurisconsultes du droit public n'ont pas de doute sur cette question. Ils professent que l'Etat possède la compétence de fixer sa compétence. Rien ne justifierait une distinction, à cet égard de la sphère intérieure et de la sphère extérieure. La souveraineté est une et indivise, elle signifie la compétence suprême et illimitée. Et cette souveraineté, elle appartient encore en droit aux Etats.

Tout Etat est libre, en principe, d'étendre sa compétence à l'infini, de la rendre universelle. Il peut déclarer, par un acte unilatéral, tout territoire, tout homme, tout litige, — soumis à sa souveraineté. Ce peut paraître étrange, ce n'est pas tellement fréquent, mais est-ce que cela ne s'effectue pas encore ? L'annexion de la Bosnie et Herzégovine, l'universalité de la juridiction contenue dans le code pénal de plusieurs

Etats (1), est-ce que ce ne sont pas des manifestations de ce principe ? Et encore nous n'avons relevé que des cas ayant trouvé reconnaissance internationale, mais pour la validité interne d'un acte juridique sa reconnaissance internationale n'est point nécessaire. Tout acte d'un organe compétent sera censé, dans l'intérieur des pays, avoir force légale.

Des limites juridiques existent sûrement : ce sont notamment les obligations internationales accomplies par les Etats dans la voie législative, conventionnelle ou coutumière. Certains principes restrictifs de la souveraineté ont été reconnus par les Etats et sont plus ou moins respectés. Mais à l'égard de ces obligations nous avons déjà constaté leur caractère volontaire. Cela revient donc à la constatation que la compétence illimitée des Etats ne peut alors être restreinte que par leur volonté même.

Mais encore une telle restriction est-elle absolue ? Les traités qui concernent un fait concret et qui s'achève en un acte, rendent aux Parties Contractantes toute liberté après la consommation du fait en question. Ainsi, le traité de Francfort stipulant la cession de l'Alsace-Lorraine à l'Allemagne, ne signifia point la nécessité pour la France de renoncer à jamais à ses prétentions sur les trois départements du Rhin et de la Moselle. De même le statut territorial, à la frontière occidentale du Reich, prévu par le traité de Versailles, n'a pas lié l'attitude future de l'Allemagne (cet effet n'est atteint que par le Pacte de Locarno). Les autres traités, ceux qui prévoient un effet durable, une attitude permanente, contiennent presque toujours une clause de dénonciation qui rend à l'Etat concerné sa complète liberté. Les coutumes qui ont gagné force juridique par le concours de la conviction et de l'usage, peuvent être changées par l'altération de la conviction ou par la désuétude. Et, enfin, dernière ressource de tout Etat lié à une obligation, reste la clause célèbre *rebus sic stantibus*.

On a souvent contesté l'existence en droit de la *clausula*. Parfois l'argument contre elle était son immoralité. D'autres

(1) V. C. P. J. I., Arrêt n° 9.

ont tenté de démontrer son inefficacité dans la pratique internationale. Le premier argument ne prouve rien : hélas, l'immoralité n'est pas une cause de nullité dans le droit ! Ou, pour être plus exact, seule l'immoralité reconnue comme telle par l'autorité juridique a une telle portée. C'est ainsi que les actes « immoraux », d'après la définition de la loi étatique ou d'après la connaissance du juge compétent, n'ont pas de valeur. Ce que les individus ou l'opinion publique taxe d'immoralité — n'encourt point une telle conséquence. Sinon, la guerre serait depuis longtemps impossible en droit.

De l'autre côté l'immoralité de la *clausula* est loin d'être prouvée. Si le principe du respect des traités entre en collision avec les intérêts vitaux d'un pays, avec l'assurance de son indépendance et de son intégrité, nous devons nous garder d'accuser d'immoralité l'Etat qui choisira la dernière éventualité. Certes, la *clausula* peut donner lieu à des abus, mais cela, c'est le destin de tout principe abstrait confronté avec la réalité de la vie.

Redslob (1) soumet la théorie de la *clausula* à une critique très sérieuse. Il observe avec raison que pour qu'une clause ait un effet résolutoire, elle doit être stipulée dans le traité, et les événements y entendus doivent être bien précisés. « Il n'importe pas que le changement de la situation soit essentiel en lui-même, soit jugé tel par un témoin objectif, mais bien qu'il soit reconnu comme essentiel dans le pacte ». En vérité, c'est une erreur de placer la théorie de la *clausula* dans celle des traités. Il ne s'agit pas d'une clause conventionnelle, stipulée ou sous-entendue. Aussi, dans les cas de l'application de la *clausula* on n'insiste jamais sur l'argument que telle était l'intention évidente des Parties Contractantes. Il s'agit plutôt d'une argumentation issue de la souveraineté étatique en matière juridique. L'Etat a la compétence formelle de créer des règles de droit en abrogeant des règles précédemment en vigueur pour lui. En tant que la règle en question en est une affectant les relations internationales, ou même liée d'une manière formelle à une corrélativité internationale, cette

(1) *Histoire des grands principes du droit des gens*, 1923, p. 21 et suiv.

compétence de l'Etat est aussi indiscutable que pour les règles du droit interne. En modifiant par voie unilatérale une règle du droit international, l'Etat en question expliquera, de manière générale, cette conduite par la nécessité urgente ou par la défense des intérêts vitaux. Cependant, puisque l'Etat se jugera seul maître de décider quand une telle nécessité impérieuse devra amener une modification du droit, et répudiera tout critère objectif, on peut escompter d'avance un usage cynique de cette argumentation, qui consisterait en cela qu'il prendrait tout changement quelconque de la situation comme prétexte pour la modification unilatérale d'une règle corrélatrice. C'est notamment cette possibilité cynique impliquée dans la prétention d'une nécessité impérieuse, qui est exprimée par le terme de *rebus sic stantibus*. Le mot *clausula* y est appliqué à tort : il ne s'agit pas d'un pouvoir conféré par le traité, mais d'un pouvoir qui peut s'effectuer, en droit coutumier tout comme en droit conventionnel, en vertu de la souveraineté de l'Etat.

L'application de cette compétence dans une matière soumise à réglementation internationale est évidemment un délit du point de vue de l'autre Etat intéressé. Il peut l'opposer par tous les moyens. La situation juridique deviendra, en fin de compte, uniforme pour les deux Etats, suivant le succès ou l'insuccès de cette opposition.

Strupp (1) exprime une pensée analogue, en réduisant la *clausula* au droit de nécessité. Seulement, au lieu de rattacher la reconnaissance formelle de la nécessité à la volonté étatique unilatérale, et au lieu de ne lui attribuer qu'une validité unilatérale, il s'efforce à déterminer de façon objective les éléments essentiels d'une telle nécessité, en déclarant, qu'à défaut de ces éléments, il y a délit international. Nous croyons une telle construction très souhaitable, mais devons constater que, pour le présent, elle ne s'applique pas encore, étant donné qu'il n'y a en droit international moderne aucune instance compétente pour « apprécier la situation d'une manière objective » (2).

(1) *Eléments du droit international public*, 1927, p. 228.

(2) *Eod. loco*.

Hall-Higgins s'approche le plus de la conception réelle des Etats : « In the last resort almost the whole of the duties of states are subordinated to the right of self-preservation » (1). Il s'efforce de tracer un schéma de tout ce que l'Etat peut accomplir de ce chef, et va dans cette direction très loin (2). En ce qui concerne la résiliation unilatérale d'obligations conventionnelles, c'est ce qui s'appelle généralement la *clausula*, Hall-Higgins maintient une attitude réservée qui n'est pas d'accord avec le reste de ces explications. Il nie par conséquent la portée juridique de la *clausula*, en la déclarant « fundamentally immoral ». Nous ne pouvons pas concevoir que la *clausula* soit plus immorale que certaines applications du droit de préservation qu'il déclare licites.

La résiliation, en 1870, par la Russie de certaines clauses du traité de Paris de 1856, n'est pas considéré par Hall-Higgins comme fournissant un précédent pour la *clausula*, puisque la Conférence de Londres, en 1871, a autorisé la modification et a, d'ailleurs, confirmé le principe de la non-résiliation unilatérale (3). Cependant, l'annexion de la Bosnie par l'Autriche-Hongrie en 1908 est vivement critiquée par lui (4). Nous ne pouvons pas comprendre quelle est la différence entre la conduite de la Russie en 1870 et entre celle de l'Autriche en 1908 ? Dans les deux cas les Etats concernés ont passé outre leurs obligations conventionnelles, et leur conduite, dont la conformité au droit était extrêmement problématique, a été validée ensuite par les Grandes Puissances, collectivement en 1871, individuellement après 1908.

Quant à la pratique internationale, que nous enseignette-elle sur la *clausula* ? Lauterpacht (5) la nie pour la raison que chaque fois qu'elle fut appliquée, la Partie adverse la contesta. Cependant il faut encore examiner, si cette contestation concerne le principe même, ou seulement l'application

(1) *International Law*, 1924, p. 322.

(2) *Eod. loco*. — A propos de l'intervention son attitude est plus réservée. Il la regarde « avec déplaisir » (p. 338). Nous sommes tout à fait du même avis, cependant on ne peut pas nier à un Etat le droit d'intervention, s'il possède le droit de faire la guerre. C'est là un argument *a fortiori* qu'on ne saurait ignorer.

(3) *Eod. loco*, p. 412 et suiv.

(4) *Eod. loco*, p. 415.

(5) *Private Law Sources*, p. 167 et suiv.

concrète. Dans la dernière hypothèse, cette contestation même implique la reconnaissance du principe. Mais, indépendamment de cette considération, que pourrait-on faire dériver de la contestation de la *clausula* par un Etat particulier ? Seulement le fait, que cet Etat ne la reconnaît pas. Et, d'autre part, l'invocation de la *clausula* par un autre Etat manifeste sa reconnaissance par lui. Nous aurons ici deux conceptions contraires. Chacune d'elles est de droit — dans les Etats respectifs. Leur conflit sera résolu par la pression diplomatique ou par la force militaire.

Lauterpacht s'efforce ensuite de prouver que la *clausula* n'est pas une règle générale. Cette considération ne nous touche point. Nous ne croyons pas qu'une règle quelconque soit en principe générale et nous prétendons, au contraire, avec Triepel (p. 82), que : « toute règle de droit international a une validité limitée, mesurée d'après le nombre des Etats qui ont participé à sa formation et qui n'embrasse dans chaque cas qu'une partie du monde international ». Bien plus nous croyons que toute règle internationale, en tant que règle juridique, est unilatérale, et que la *clausula* ne diffère pas, en ce sens, de toute autre règle.

Une autre preuve de la non-existence de la *clausula* est vue par Lauterpacht dans l'absence de toute autorité judiciaire compétente pour examiner et connaître ce qu'il y a de changé dans la situation. L'argument ne prouve rien, car il est susceptible de prouver trop : notamment, l'absence de tout droit international à l'exception des questions soumises à une procédure judiciaire ou arbitrale. Cependant le droit international existe, la *clausula* existe aussi, mais l'absence d'un juge objectif, la compétence exclusive des Etats particuliers, sont sans doute un grief sévère. Le droit est en conséquence soumis au jeu politique.

Mais si la *clausula* n'est pas « principe général » dans le sens juridique, elle est conséquence logique du « principe général » de la souveraineté étatique (1). Les Etats ont la

(1) Cf. Kauffmann, *Das Wesen des Völkerrechts und die Clausula rebus sic stantibus*.

liberté juridique de recourir à elle, lorsqu'ils le trouvent nécessaire. Dans ce sens potentiel, elle ne saurait être niée.

Mais, basé exclusivement sur la volonté étatique, construit d'une manière unilatérale, le droit international ne se présente-t-il pas, en vérité, comme un droit public externe ? Précisément. La définition de Hegel reste vraie malgré le siècle passé depuis lors. Le soi-disant droit international n'est qu'une somme des systèmes juridiques nationaux, destinés à régler une certaine catégorie des relations — notamment les relations extérieures (1).

Dans la forme ces droits sont tous distincts. Chacun d'eux dérive d'une source étatique différente. Nous ne pouvons observer aucune différence fondamentale dans la structure du « droit international public » par rapport à celle du droit international privé. Dans la dernière hypothèse, tout le monde est d'accord sur le caractère interne, étatique, de ce droit. Mais il en est précisément de même dans notre cas. Aucune construction idéaliste, aucun effort doctrinal n'a pu altérer le phénomène fondamental, que seule la règle *voulue* par les Etats est obligatoire pour eux.

Au fond, les droits internationaux de différents Etats tendent à devenir conformes. Cela s'explique surtout par les procédés conventionnels et par le principe de réciprocité qui a

(1) Ainsi Wenzel, *Juristische Grundprobleme*, 1920, p. 397 et suiv. (cité d'après Verdross, *op. cit.*, p. 10). « La notion des règles de droit international n'est pas capable de former le lien d'une communauté. Car cela présuppose nécessairement que tout le droit international est un droit unifié. Cependant ce n'est pas le cas. Le droit international n'est pas plus un droit unifié que ne le sont le droit privé, le droit pénal, le droit légiféré en général. Il contient plutôt une pluralité de cercles juridiques qui existent à titre égal l'un à côté de l'autre de même que les droits privés différents ou les ordres légaux différents, lesquels constituent le droit privé et le système légal. Et de même que cette dernière catégorie ne peut pas unifier tous les hommes pour lesquels valent un droit privé ou des lois, de même le droit international ne peut pas unifier tous les Etats en une communauté des Etats ». — M. Wenzel complète cette observation théorique par une autre de nature pratique : « Le droit international ne formerait un droit unifié que si toutes ses règles étaient subordonnées dans leur validité à une *instance centrale autoritative*, laquelle serait qualifiée pour les modifier et abroger. Cependant une telle instance centrale fait défaut ».

M. Verdross entre en polémique avec les idées de M. Wenzel pour des raisons de méthode. Il observe que le problème d'unification du droit est celui d'une *norme* centrale, non pas celui d'une *instance* centrale. Soit ! Mais à défaut d'un document précis et non équivoque qui établirait l'existence d'une telle norme, la seule preuve et manifestation de sa réalité pourrait consister dans l'existence d'une instance correspondante. Elle seule justifierait la supposition hypothétique de l'unité du droit international et la transformerait en une affirmation positive.

influencé le développement du droit coutumier. Mais, si nous recherchons les bases de cette presque identité matérielle, nous les trouverons dans le fait d'une civilisation à peu près identique, dans celui d'un échange perpétuel des valeurs morales, intellectuelles et matérielles entre les sociétés du monde civilisé. Mais conclure de là à une *source* juridique commune serait aussi absurde que de prétendre que les systèmes du droit des personnes dérivent de la « conscience juridique universelle », puisque la notion de liberté leur est commune, ou que les droits de choses le font par l'effet de la commune notion de la propriété.

Tout droit est basé sur la civilisation. Il va de soi que des civilisations analogues produisent des droits analogues. A titre de phénomène historique le droit peut sans doute être compris comme une totalité. La « source » historique, sa base, résidera dans l'ensemble de la civilisation humaine (1) Cela est vrai pour le droit international tout comme pour le droit civil ou pénal ou constitutionnel. Mais fait-on l'étude spéciale du droit positif, il faut reconnaître la souveraineté des corps créateurs du droit — des Etats. Et cela sera vrai pour le droit civil ou pénal ou constitutionnel tout comme pour le droit international.

La connaissance du caractère étatique du droit international est d'une portée éminente pour plusieurs problèmes pratiques. Ainsi, si l'on discute l'étendue du champ d'application de ce droit, et que l'on distingue le droit international particulier du droit international général, il faut se garder avec soin de toute tendance à faire revivre sous cette forme nouvelle la distinction ancienne du *ius voluntarium* et du *ius necessarium*. Les règles de droit international ont toujours le même caractère étatique et, alors, particulier. Cependant elles peuvent coïncider ; c'est-à-dire des règles à contenu identique peuvent être valables en divers Etats. Dans ce cas nous pourrions parler d'un droit parallèle. Parfois ces règles tireront leur force juridique d'un fait d'in-

(1) Ainsi Ullmann, *Völkerrecht*, 1908, p. 41, dit que la conviction juridique internationale est la « source matérielle » du droit international.

terdépendance et de *réciprocité*, comme d'une coutume internationale (c'est-à-dire observée par plusieurs Etats) ou d'un traité. Dans cette hypothèse il y aura un lien non seulement matériel mais aussi formel entre ces règles — le lien de la corrélativité : le droit de l'Etat A supposera la validité du même contenu dans l'Etat B. C'est précisément ce lien de corrélativité qui est en général mal compris par la doctrine pour une source autonome, pour une catégorie distincte, pour un titre juridique spécial qui fait différer les règles concernées de celles du « droit interne ». Cependant la vérité est toute différente. Il s'agit, dans notre cas, aussi du droit interne, dans les deux sens de ce terme : la validité est interne, elle n'est qu'interne. Le titre de la validité d'un traité diffère dans tout Etat participant : ce titre sera — dans chaque cas — la ratification de ce traité par l'Etat en question (1).

Donc, pour l'analyse juridique, il s'agira dans chaque cas particulier d'une règle différente, émanation d'une source différente. Il en sera de même dans le cas de la coutume dont la force juridique ne peut émaner que de l'Etat particulier, et dont l'observation par un autre Etat est seulement une présomption.

Enfin, si une corrélativité s'établit entre tous les Etats du monde, nous dirons que le contenu de la règle est universel, ou général. Cette généralité ne sera qu'un phénomène arithmétique, purement accessoire. Si un Etat quelconque se retire, la règle sera rendue particulière. Ainsi il semble évident qu'aucune construction théorique ne peut être solidement fondée sur cette « généralité » de certaines règles.

Pour le moment nous croyons que cinq règles de droit international possèdent ce caractère universel (2). Trois d'entre elles ont une base coutumière et concernent : 1. la souveraineté de chaque Etat, interprétée personnellement aussi bien que territorialement, 2. la sainteté des traités, sauf le cas d'une nécessité vitale, la définition en étant réservée à l'Etat ; 3. l'im-

(1) Dans les cas d'une ratification conditionnelle des traités collectifs, ce sera la mise en vigueur aux termes de cette ratification.

(2) L'universalité prise dans un sens relatif, embrassant la totalité des Etats qui se reconnaissent mutuellement comme tels.

munité diplomatique. Les deux autres sont conventionnelles et relatives à : 1. l'Union Postale et 2. l'Union Télégraphique.

Il faut convenir que l'adoption de la volonté étatique comme source juridique du droit international signifie la capitulation de ces règles devant les Etats particuliers. Toutes les coutumes, tous les traités, sont ainsi à la merci des Etats. Aucune clause de sauvegarde ne peut changer cet aspect. Il n'existe pas d'instance juridique plus haute que l'Etat. Donc aucune décision prise par un Etat ne peut, en principe, être contestée juridiquement. Cette situation formelle n'est aucunement changée, même par l'introduction d'un système international d'arbitrage. Une preuve récente confirme cette vérité : la retraite du gouvernement Roumain du T. A. M. Roumano-Hongrois. L'institution très exagérée de la S. D. N. n'a pas non plus une efficacité décisive. Le Pacte lui assigne explicitement la tâche d'intervenir dans tout cas de « menace de guerre » (Art. 11), d'un « différend susceptible d'entraîner une rupture » (Art. 12), d'un différend relatif « à tout point de droit international » (Art. 13) et d'un différend qui n'est pas soumis à l'arbitrage (Art. 15). Ces quatre hypothèses étaient toutes données dans l'affaire de Corfou, cependant l'Italie a pu obtenir la passivité de la S. D. N. par la simple menace de sa retraite de la Société. Et ce n'est qu'en stricte observance de la conception diplomatique courante que le Gouvernement britannique souligne, dans sa note du 18 mai 1928 au Chargé d'Affaires des Etats-Unis à Londres, relativement à la proposition de déclarer la guerre hors la loi : « As regards the passage in my Note of May 19 relating to certain regions of which the welfare and integrity constitute a special and vital interest for our peace and safety, I need only repeat that His Majesty's government in Great Britain accept the new treaty upon the understanding that it does not prejudice their freedom of action in this respect.

I am entirely in accord with the views expressed by Mr. Kellogg in his speech of April 28 that the proposed treaty does not restrict or impair in any way the right of self-defence, as also with his opinion that each State alone is com-

petent to decide when circumstances necessitate recourse to war for that purpose ».

Ainsi, explicitement ou tacitement, les Etats se réservent le droit de s'abstenir d'appliquer les règles de droit international. Et puisqu'aucun aréopage international n'existe, qui pourrait connaître de droit la violation commise, sans que l'Etat contrevenant se soumette à cette juridiction, nous devons concéder que formellement aucune violation du droit international n'a jamais lieu.

Mais si, d'un côté, un Etat a toute liberté juridique de s'abstenir de l'application de ses obligations internationales sous le prétexte de la poursuite des intérêts vitaux, l'Etat dont les intérêts ont été touchés et dont les droits reconnus en souffrent, possède toute liberté juridique pour forcer le premier Etat à modifier son attitude (1). La pression diplomatique, la démonstration militaire ou navale, les représailles plus ou moins sévères, l'interruption de relations diplomatiques ou même commerciales, le blocus — voilà les différentes voies ouvertes à l'Etat. Et en tête d'elles se trouve le moyen de pression classique — la guerre. Son effet juridique est le traité de paix, dans lequel les belligérants « s'accordent » sur une conception commune, qui représente alors le point indiscutable du droit (2).

(1) Cf. Fenwick, *International Law*, 1924, p. 77 : « In the absence of a supernational authority the obligations of international law may be flouted by a particular state, and the agents of government may be justified in their conduct by the national law, but the international obligation persists non the less ». L'idée est juste, quoiqu'elle est exprimée d'une manière peu exacte. Puisqu'aucune autorité supérétatique n'existe pas, personne n'est autorisé pour *connaître* que l'obligation internationale subsiste encore. Mais les Etats intéressés peuvent *prétendre* que l'obligation est en vigueur et libre à eux de faire l'Etat obligé partager leur opinion. Quant aux moyens de persuasion, ils auront le choix entre l'argument juridique, l'influence politique ou la force armée.

(2) La condition juridique de la guerre était l'objet de discussions à n'en finir plus. On a souvent déclaré que la guerre est un délit du droit international, une suspension du droit, un fait extra-juridique, etc. Toutes ces constructions ne peuvent pas prétendre être du droit positif : la guerre est un acte juridique à effets juridiques. Une définition excellente de la guerre est donnée par Hall-Higgins, *International Law*, p. 81 : « When differences between states reach a point at which both parties resort to force, or one of them does acts of violence which the other chooses to look upon as a breach of the peace, the relation of war is set up, in which the combatants may use regulated violence against each other until one of the two has been brought to accept such terms as his enemy is willing to grant.

As international law is destitute of any judicial or administrative machinery, it leaves states, which think themselves aggrieved, and which have exhausted all

A côté de la guerre, d'autres moyens de pression, particuliers ou collectifs, exercés par un Etat ou par un ensemble d'Etats, officiels ou officieux, émanant des Chancelleries ou de l'opinion publique, exercent leur influence.

Ce sont toutes sanctions politiques, qui ne seraient pas conformes, sans doute, au droit idéal, à la justice internationale, mais qui sont néanmoins la seule balance où les actes se pèsent dans la société internationale primitive d'aujourd'hui.

peaceable methods of obtaining satisfaction, to exact redress for themselves by force. It thus recognises war as a permitted mode of giving effect to its decisions ».

Par conséquent, la distinction entre le *bellum justum* et le *bellum injustum* n'a pas d'importance : « When a state has taken up arms unjustly it is useless to expect it to acquiesce in the imposition of penalties for its act. International law has consequently no alternative but to accept war, independently of the justice of its origin, as a relation which parties to it may set up if they choose, and to busy itself only in regulating the effects of the relation » (p. 82).

CHAPITRE III

LES SUJETS

§ 11. — La Personnalité internationale

La notion de sujet de droit, bien qu'étant très répandue et fréquemment discutée dans la théorie et dans la pratique juridiques, est cependant loin d'être claire. La nature de la personnalité juridique accordée à l'homme est encore assez mystérieuse. Est-ce un attribut naturel de l'homme que de posséder la personnalité juridique ? Est-ce un « droit imprescriptible et invariable » qui lui soit inhérent indépendamment de la volonté de l'Etat ? Ou ne s'agit-il que d'une compétence positive à posséder des droits et des devoirs, donnée par l'Etat ? Et, en ce qui concerne les corps collectifs, possèdent-ils la personnalité juridique « réelle », ou ne s'agit-il pas plutôt d'une « fiction » ? Et l'Etat lui-même, est-il une personne de droit ? Les tentatives de fournir une solution à ces questions se heurtent toujours à ce que les deux conceptions fondamentales du droit, la conception naturaliste et la conception positiviste, parviennent nécessairement à des conclusions différentes. Cependant les auteurs ont préféré en général une définition assez vague, qui n'accentue pas trop les divergences profondes et donne l'apparence d'un accord sur notre problème. Tant qu'il s'agit des relations juridiques au dedans d'un

Etat, le malheur n'est pas encore tellement grave. Indépendamment des opinions des auteurs savants, les instances étatiques, et en premier lieu les instances judiciaires, appliquent le droit positif lequel, s'il ne satisfait pas au point de vue de la justice naturelle, est au moins un droit certain et non équivoque. Il en va beaucoup plus désagréablement en droit international. Les Etats n'ont pas formulé leur conception officielle de la question de la personnalité internationale ; les institutions internationale telles que la S. D. N. et la Cour Permanente de Justice Internationale hésitent à interpréter la situation juridique, et les opinions divergentes de la doctrine présentent un chaos. C'est ainsi que la qualité de la personnalité se trouve en droit international étendue ou restreinte suivant le goût. Tantôt on l'attribue à tout homme, à toute tribu primitive, tantôt on ne l'attribue qu'à l'Etat « reconnu » *de iure*. Entre ces deux extrêmes, plusieurs questions attendent encore leur règlement. La condition des Etats non reconnus, celle de la Société des Nations, des Unions Internationales et, jusqu'aux derniers mois, celle du Saint-Siège, en sont des exemples.

Fidèles à la méthode positiviste, nous envisageons la personnalité juridique comme la capacité de produire des faits avec effets juridiques, c'est-à-dire de poser des actes juridiques. Il s'agit en l'espèce de la qualité de pourvoir les actions humaines d'une importance juridique, de donner à la conduite en question une signification normative. C'est justement par là que le simple fait se trouve formé en une catégorie de droit, en fait « dû », ou « licite », ou « illicite » et entre ainsi dans les cadres du droit. C'est par le même procédé que l'homme est considéré comme auteur d'un fait juridique, qu'il se rattache au système juridique. En écartant les considérations morales ou, si l'on préfère, en escomptant l'influence des considérations morales sur la formation du droit positif, il faut reconnaître en tout cas que c'est le dernier, l'ordre juridique positif, qui détermine la qualité juridique des faits, en les faisant entrer dans ses cadres. C'est aussi le droit positif qui crée les sujets de droit, en faisant entrer cer-

tains individus ou groupements d'individus dans son système en qualité de titulaires de compétences déterminées. Ainsi la personnalité juridique positive apparaît comme l'imposition d'une compétence juridique par le droit en vigueur (1). Cela implique que *la personne juridique est le destinataire formel d'une règle de droit*.

Les compétences accordées ainsi à une personne « physique » ou « morale » peuvent être d'un double caractère. D'un côté il s'agit des compétences discrétionnaires, dont le destinataire a le choix de se servir ou non, car il peut les laisser tomber. Ces compétences discrétionnaires sont connues sous le nom de *droits* de la personne en question. D'un autre côté, il y a des compétences impératives, des fonctions juridiques auxquelles le destinataire est lié et dont la contravention active ou passive constitue un délit juridique. Ces compétences sont d'habitude qualifiées comme constituant les *obligations* de la personne envisagée. Le commun langage exprime assez bien le rattachement de la notion de la personnalité juridique à celle de la compétence juridique en disant que la personne juridique est le sujet de droits et d'obligations.

Du point de vue adopté il suit que la solution, dans chaque cas particulier, de la question de savoir qui est à considérer comme personne juridique doit être trouvée dans le contenu même du droit respectif : c'est justement ce droit qui fixera les actes et les fonctions qui en font partie et les rattachera, en qualité de compétences discrétionnaires ou impératives, à des hommes ou groupements d'hommes, les constituant ainsi en personnes juridiques. Dès lors, la qualité de personne juridique sera nécessairement limitée à la sphère de compétence assignée à l'homme ou au groupe en question. Cela est reconnu depuis longtemps et c'est avec raison que l'on parle de la personnalité civile et de la personnalité pu-

(1) Ainsi Jellinek, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, II. éd. 1919, p. 28 : « Persönlichkeit oder Person ist die Fähigkeit, Träger von Rechten sein zu können, mit einem Worte die Rechtsfähigkeit. Sie gehört nicht der Welt der Dinge an sich an, ist überhaupt kein Sein, sondern eine Relation von einem Subjekt zu anderen und zur Rechtsordnung. Sie ist stets vom Rechte verliehen, nicht von Natur aus gegeben ».

blique comme de deux qualités différentes. Mais il est peut-être utile d'insister sur le point que, même au dedans du système étatique du droit civil ou de celui du droit public la personnalité ne se présente aucunement comme une qualité uniforme, à caractère et envergure identiques. L'étendue et la portée de cette qualité formelle sont, tout au contraire, susceptibles des variations les plus radicales, suivant le nombre, l'importance et la nature des fonctions par rapport auxquelles les destinataires sont constitués. On admet cet aspect assez facilement lorsqu'il s'agit des « personnes morales » ; on reconnaît qu'elles ne possèdent la personnalité qu'en vertu de la délégation des compétences par l'autorité juridique et en tant que de telles compétences sont déléguées. Par contre, des préjugés de droit naturel rendent la même connaissance beaucoup moins évidente en ce qui concerne les « personnes physiques ». Là, on est tenté de croire à une qualité de personnalité inhérente à l'homme, indépendante du droit positif et donc illimitée par ses dispositions. Nous sommes loin de mettre en doute la justice éminente de cette maxime, mais on est forcé, au nom de la connaissance exacte du droit positif, de contredire une telle conception : le phénomène, heureusement presque éliminé, de l'esclavage, la condition de serfs, encore subsistante même dans certains Etats membres de la Société des Nations, etc., sont des preuves évidentes que le principe de la personnalité juridique de l'homme n'est pas toujours reconnu par le droit positif. Quant à l'étendue de cette qualité de personnalité, elle varie encore plus. Les conditions juridiques dans lesquelles vivent les citoyens des grandes démocraties de l'Europe Occidentale et de l'Amérique du Nord, ne sont pas encore celles de l'humanité « civilisée » tout entière. Très près des pays nommés il y en a d'autres, où la personnalité publique ou même civile de l'individu a un caractère tout différent.

Mais, même à l'intérieur d'un seul Etat, la qualité formelle de la personnalité couvre des complexes de compétences bien variables. Suivant l'âge, le sexe, la santé, l'éducation, la richesse, la religion, la race, et suivant d'autres quali-

fications moins générales, les compétences concrètes assignées par le droit à l'homme varient toujours. On tâche de parler dans de tels cas de la personnalité « restreinte » ou « incomplète », mais une telle conception n'a pas de base, puisqu'il n'existe pas de définition objective de ce qu'est la personnalité « complète ». Il n'y a que des *substrata* sociaux, individuels ou collectifs, qui sont pris par les systèmes juridiques pour les constituer porteurs de fonctions, destinataires de règles. En tant que de telles compétences leur sont données, les *substrata* se transforment en personnes juridiques ; au-delà de cette sphère, ils ne possèdent aucune personnalité juridique. Ils restent pour le droit de simples objets de sa réglementation (1).

En ce qui concerne le droit international, nous avons déjà constaté que l'autorité juridique créatrice en est la même que celle des autres branches de droit — notamment, la volonté étatique. Donc la question qui nous intéresse maintenant, celle de savoir qui est à considérer comme une personne de droit international doit être résolue par l'examen de cette autre : à qui les Etats adressent-ils des règles juridiques en matière internationale ? Les destinataires trouvés seront justement les sujets, les personnes du droit international. Ce point de vue, exact et non équivoque, est, entre autres, celui de Strupp : « Es kommt also für die Feststellung dessen, wer Völkerrechtssubjekt ist, darauf an, wem von den völkerrechtssetzenden Organen, das heisst von den Staaten, die *allein* als Schöpfer objektiven Rechts Anerkennung gefunden haben, die Völkerrechtsfähigkeit zuerkannt worden ist. Wenn Völkerrecht von der herrschenden Lehre als Recht zwischen den *Staaten* definiert wird, so versperren sich alle diejenigen, die dieser Auffassung sind, den Weg zu der Erkenntnis, dass, wenn die hinsichtlich ihrer Rechtssetzung allmächtigen Rechtssetzungsorgane, eben die Staaten, auch anderen wirklichen oder nur in der Rechtswelt lebenden Wesen Rechtssubjektivität zuerkennen, sie auch diese zu Völkerrechtssubjekten erheben. Abzulehnen ist daher die Auffassung, dass

(1) Cf. Akzin, dans la *Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. VIII, pp. 203-228.

überhaupt begrifflich nur Staaten Völkerrechtssubjekte sein können. Sie ist die allerdings logische Konsequenz des unrichtigen Vordersatzes, dass Völkerrecht nur das Recht zwischen Staaten sei, während richtig ist, dass Völkerrechtssetzungsorgane bisher ausschliesslich Staaten sind » (1).

★★

§ 12. — Les Etats

Considéré en soi, chaque ordre effectif constitué d'une manière durable sur un territoire plus ou moins déterminé, et qui parvient à lui soumettre la population de ce territoire à l'exclusion d'un ordre juridique étranger, se suppose Etat souverain. Comme tel, il se présume maître d'établir selon sa volonté des règles spécifiant la dûe conduite de toute personne soumise à son pouvoir et, plus spécialement, les compétences de ses organes. Cela est vrai indépendamment de la nature politique de cet ordre triomphant, du « porteur » (*Träger*) de la souveraineté, aussi bien que de l'étendue du territoire, du nombre de la population ou du degré de sa civilisation. Et tant que l'ordre en question se montrera efficace, une considération objective ne saurait nier la force socialement positive de ses règles à l'égard du territoire et de la population concernés. L'existence et la validité d'un ordre juridique souverain sera un fait incontestable. L'Etat sera donné.

L'Etat est maître de sa propre compétence. Cette maxime universellement reconnue signifie que les limitations à cette compétence ne proviennent juridiquement que de la volonté de l'Etat lui-même. A défaut de telles restrictions formulées ou présumées, la compétence de l'Etat, en ce qui concerne les matières qu'il prétend régler, est en principe illimitée. L'Etat

(1) Strupp, *Grundzüge des positiven Völkerrechts*, 1922, p. 36 et suiv. — De même, Walz formule la discussion sur la personnalité juridique internationale, en dégageant les « deux problèmes tout différents que l'on discute : l'un concernant la capacité d'être créateur du droit international, l'autre concernant celle d'être porteur de ce droit ». (*op. cit.*, p. 4, note 2).

peut prétendre à *intensifier* sa réglementation jusqu'aux détails les plus minutieux de la vie privée de sa population. Il peut également prétendre à *étendre* son ordre au delà de la population et du territoire dominés, à le rendre même universel. A la première tendance, des obstacles plus ou moins tenaces s'élèveront à l'intérieur du territoire dominé. L'opinion publique groupée, de manière anarchique ou organisée, autour de la notion des libertés civiques exercera souvent une pression efficace. De manière générale on peut affirmer que, plus la civilisation est avancée, plus la pression populaire réussira à restreindre la pénétration de la réglementation autoritaire dans la vie privée.

L'autre tendance possible, à universaliser l'ordre étatique donné dans le sens géographique, rencontrera aussi la plus vive opposition. Le fait de l'existence simultanée d'autres Etats exercera une influence modératrice partout et toujours. Et bien que l'*annexion* et la *debellatio* soient encore des titres valables en droit des gens, le voisinage d'un Etat étranger imposera normalement des restrictions même au minuscule Etat indigène de l'Afrique centrale, composé d'un village occupé par quelques centaines de barbares. L'effet du voisinage d'Etats étrangers est encore plus grand dans le monde civilisé. Et, si même l'examen le plus superficiel doit concevoir la différence éminente entre l'efficacité d'un ordre et sa simple prétention d'efficacité, nous pouvons constater que les Etats, en escomptant de pareilles résistances ou en adoptant, peut-être, certaines idées de morale internationale, confinent à peu près leurs prétentions quant à l'étendue du règne de leurs ordres respectifs au territoire et à la population effectivement soumis. Ils reconnaissent *a priori* l'existence d'une sphère exempte de leur souveraineté, d'une sphère *étrangère*.

Par cette limitation du pouvoir étatique et du droit étatique, seule une solution négative est donnée. Elle peut satisfaire tant que l'Etat en question n'entre pas en relations quelconques avec ces régions étrangères. Mais, sitôt que les intérêts politiques ou économiques de l'Etat touchent quelque peu à ces régions, l'Etat se voit dans la nécessité d'établir de

telles relations. Vu que l'Etat est un corps juridique par excellence, et que toutes relations entretenues en son nom, tous actes accomplis par ses organes, sont nécessairement des actes juridiques, la question de la condition exacte de ces « sphères étrangères » s'élève et exige une réponse positive.

La première hypothèse possible concerne le cas, où notre Etat, tout en reconnaissant du premier abord que la sphère en question est « étrangère » à lui, n'attache pas une importance juridique aux faits sociaux qui s'y effectuent. Donc les relations entretenues, vues du côté de notre Etat, n'auront qu'une qualification juridique unilatérale. La conduite y relative des organes différents de notre Etat doit se trouver en conformité avec les règles qui leur donnent compétence. Donc les relations en question, vues du côté de l'Etat, se présentent toujours comme régies par des normes juridiques appropriées. Ces normes sont en principe d'une très large envergure : elles ont la tendance de faciliter l'expansion de l'autorité étatique jusqu'au *maximum* possible. Le plus souvent nous ne pourrions constater aucune règle expresse qui régirait ces matières. L'introduction des relations de l'Etat au regard des régions en question dans l'ordre juridique de cet Etat s'effectuera, d'une manière générale, implicitement par la compétence reconnue par le droit étatique aux organes qui réalisent ces relations. Nous aurons ici la même construction, assez typique pour le droit public, qui fait déterminer la condition juridique des hommes et des biens soumis à l'autorité de l'Etat par les règles qui fixent les limites de la compétence de ces organes administratifs.

L'acquisition d'un territoire nouveau par voie dite « originaire » constitue un bon exemple pour la solution du problème. En déléguant à certains organes la mission d'entretenir certains rapports avec la population de ce territoire, l'Etat crée, par la compétence donnée à ses organes, les règles de droit obligatoires *pour lui* dans ces relations. La volonté est unilatérale, les effets le sont aussi. Quant à la nature de ces relations, elle sera marquée par la tendance de soumettre la population indigène à l'autorité étatique. Cela peut être pour-

suivi ou bien par la contrainte, ou bien par la persuasion. Dans les deux cas, ce seront toujours les compétences émanant du droit étatique, qui fourniront à l'Etat tous les titres juridiques. Cette conclusion est évidente, lorsqu'il s'agit de la contrainte à exercer ; certains doutes pourraient s'élever relativement au moyen de la « pénétration pacifique ». Il faut les dissiper. La forme des « traités » dans laquelle les accords entre les organes de l'Etat annexant et les chefs des indigènes sont souvent conclus ne doit pas nous faire croire qu'une importance juridique internationale est reconnue par l'Etat à ces chefs et à leurs actes. L'acquisition en question est originaire précisément parce que la population du territoire annexé et ses organisations ne sont pas considérés comme sujets de droit international, possédant la souveraineté sur le territoire et pouvant la céder (1). La signification donnée à ces accords par le droit indigène n'a aucune importance pour l'Etat annexant. Il procède plutôt à sa guise, en les considérant sous le point de vue de son droit interne. Un tel examen donnera un résultat étrange : l'accord passé n'est ni un contrat de droit interne privé, ni un traité de droit international public. Ce sera donc un acte administratif d'un organe compétent, dont la force juridique est indépendante du *consensus* des hommes y intéressés, mais réside uniquement dans la compétence des organes. Le fait bilatéral se trouvera juridiquement transformé en un acte administratif unilatéral, entrant par conséquent dans l'échelle hiérarchique de l'administration publique. Le pouvoir de l'administration supérieure de modifier et abroger les actes de ses subordonnés sera maintenu, et

(1) V. l'étude excellente de Fiore, *Du protectorat colonial et de la sphère d'influence*, *Revue Générale*, vol. XIV, 1907, notamment p. 155. M. Fiore, s'appuyant sur l'opinion de Westlake, croit que « la cession de la souveraineté de tout le territoire consentie par le chef d'une tribu indépendante ne saurait être considérée comme faisant valablement acquérir le territoire, à titre de souverain, à l'Etat colonisateur... Les Indiens ou les nègres, n'ayant pas la notion de la souveraineté telle qu'elle est comprise en Europe, ne peuvent pas en opérer la cession ». (*ead. loco*, p. 150). Cet argument ne peut pas être pris au sérieux. Si le terme de souveraineté n'est pas connu parmi les nègres, la notion d'un pouvoir suprême de domination y doit être très bien connu. Il s'agit plutôt de l'absence de volonté, de la part des Etats civilisés, à reconnaître la personnalité internationale des tribus indigènes. Cependant les indigènes avaient, et ont encore, une propre « communauté du droit des gens », qui doit être prise en considération dans une étude de droit international comparé.

souvent exercé, dans notre cas. Et, en vérité, les précédents sont innombrables, qui marquent la résiliation unilatérale par les Etats « civilisés » des « accords » passés entre fonctionnaires de ces Etats et les chefs indigènes. On suggère, toutefois, que « les règles de l'humanité » sont obligatoires pour tous les Etats dans leurs relations avec de tels territoires. Mais qui osera prétendre que ces règles régissent en fait les relations en question ? Et, en outre, quelle valeur juridique pourrait être attribuée à ces règles qui, tout en étant claires à tout homme honnête, restent mystérieuses pour le droit ?

La même construction aura lieu dans des cas autres qu'une acquisition du territoire. Des relations purement commerciales sont possibles dans lesquelles notre Etat se considère la seule personne juridique. Les actes passés seront toujours du point de vue de cet Etat — des actes unilatéraux, et le droit d'après lequel ses actes seront jugés — le droit public externe de notre Etat.

Cependant une deuxième hypothèse est également possible : notre Etat, en entrant en relations avec un groupement étranger, peut présumer que ce groupement constitue un ordre juridique propre. Par cette présomption il ne fait autre chose qu'escompter le pouvoir effectif exercé dans ce groupement et qu'admettre la force normative de ce pouvoir. Nous avons vu, à l'exemple de notre Etat isolé, que cette force normative ne peut pas être ignorée à l'intérieur de la sphère du pouvoir exercé, mais ici nous nous plaçons à l'extérieur de ce pouvoir. Un Etat pourrait s'abstenir de rattacher une importance normative au fait d'un pouvoir extérieur. Il le fait en effet assez souvent, lorsqu'il s'agit d'un pouvoir faible, inconstant, et de civilisation très différente. Mais dans la plupart des cas, l'Etat, mû par des considérations communes à une large civilisation, admettra que la force en question est une autorité dans sa sphère de domination et que cette autorité est à respecter comme telle. Reconnaître cette autorité suprême pour le territoire et la population déterminés, c'est reconnaître qu'il s'agit d'un *Etat*, d'un ordre de même famille que l'ordre

reconnaissant lui-même. Car c'est là la même nature, la même base, la même compétence.

Quelle est la portée exacte de cette reconnaissance ? Elle signifie que l'Etat reconnaissant admet juridiquement le caractère étatique de l'ordre reconnu. Cet ordre, tout en se supposant valable et souverain par le fait même de son existence, ne peut pas prétendre à une validité quelconque à l'extérieur de sa sphère d'influence. Pour notre Etat, il n'avait alors aucune force légale. Celle-ci n'est créée envers lui que par son acte — exprès ou tacite — de reconnaissance. La reconnaissance prise formellement est donc un acte du droit interne de l'Etat reconnaissant. Kelsen a raison d'affirmer que l'Etat reconnaissant délègue le caractère étatique de l'Etat reconnu de son propre droit. Cependant nous devons insister sur la nécessité de s'abstenir de toute exagération de cette construction. La délégation est un acte purement formel ; la question du caractère du corps délégué dépend du contenu de la délégation. Si ce contenu pose l'indépendance sans réserves quelconques, le lien normatif entre le reconnaissant et le reconnu ne se prolonge plus, mais se trouve épuisé par l'acte de reconnaissance. Toute tentative d'établir par cet acte de reconnaissance un lien normatif permanent de subordination est une faute logique : l'acte posant l'indépendance ne peut servir de preuve de la dépendance. Certainement l'Etat reconnaissant verra la source de sa conduite envers l'Etat reconnu toujours dans cet acte de reconnaissance. Il pourra sans doute retirer sa reconnaissance et libre à lui de considérer le groupement en question à l'avenir comme dénié de caractère étatique ou même comme soumis à sa propre souveraineté ; toutefois un tel point de vue ne sera jamais une conséquence de l'acte de reconnaissance, mais, bien au contraire, une conséquence de son annulation.

D'autre côté, il nous faut retenir que la reconnaissance ne constitue une source du caractère étatique qu'envers l'Etat reconnaissant. Les autres Etats ne seront à aucun degré concernés par lui. Et quant à l'Etat reconnu, il rattache sa valeur juridique uniquement au fait de l'existence et de l'efficacité de son ordre.

En reconnaissant un groupement comme Etat on lui reconnaît la compétence juridique souveraine (limitée seulement personnellement et territorialement, mais non pas matériellement). Par là, on lui reconnaît implicitement la compétence en matière internationale, c'est-à-dire celle de créer de règles qui seront regardées comme valables pour autant que notre Etat n'a pas de règles propres en cette matière.

Donc tout Etat reconnaît à tout autre Etat (reconnu comme tel) la qualité de créateur de droit international. Celle du destinataire étant contenue dans la première (puisque chacun peut édicter des règles pour lui-même), — l'Etat, reconnu comme tel, possède la personnalité internationale.

Si on ne reconnaît pas la Souveraineté, on n'établit pas l'indépendance. Le lien normatif sera permanent, et le groupement ne sera pas reconnu comme Etat (dans le sens de Souveraineté) mais seulement comme sujet du droit interne.

Les considérations précédentes nous indiquent la solution de la question fameuse du caractère constitutif ou déclaratif de la reconnaissance. Tout Etat est libre de reconnaître la qualité étatique d'un autre groupement ou de ne pas le faire. Cette alternative n'est pas purement théorique. Les refus fréquents des Etats Coloniaux de reconnaître la qualité étatique aux Etats indigènes le prouvent bien. En effet le degré tout différent de civilisation ne peut aucunement fournir une mesure de la notion d'Etat. Donc, ce refus ne peut être interprété autrement que par la compétence de l'Etat de former à volonté sa propre qualification juridique d'un groupement qui, cependant, est étatique en lui-même. Un autre exemple est fourni par le retard souvent assez considérable, mis à la reconnaissance d'un Etat nouveau par les différents Etats anciens. Pour l'Etat reconnaissant la qualité étatique de l'Etat reconnu n'est constituée que par l'acte de reconnaissance, c'est-à-dire que ce n'est qu'en vertu de ce dernier acte — acte de droit interne — que les organes de l'Etat reconnaissant ont compétence pour considérer le groupement en question comme un Etat. La reconnaissance a donc un effet cons-

titutif à l'intérieur de l'ordre juridique de l'Etat reconnaissant.

Du point de vue de l'Etat reconnu, cet acte n'est aucunement une source de son existence juridique. Il ne la jugera que purement déclarative. Ses compétences en matière internationale seront, si possible, exercées par lui avant cette date, et libre à lui de prétendre à une telle reconnaissance depuis sa naissance constitutionnelle. Encore faut-il remarquer le lien de réciprocité qui unit matériellement la reconnaissance comme Etat. Les rôles de reconnaissant et de reconnu sont d'habitude interchangeables chaque fois (1).

Quant aux Etats tiers, la reconnaissance d'un Etat par l'autre ne les affecte formellement point. Nous croyons seulement qu'une certaine considération lui est due au titre de la courtoisie internationale. Ainsi, si un Etat A est reconnu par B et non reconnu par C, le représentant diplomatique de A auprès de B sera de manière générale, traité par C comme diplomate. Ce qui signifie qu'il aura l'immunité diplomatique pour rejoindre son poste à travers le territoire de C. Cela sera la conséquence de sa position auprès de B.

La doctrine a souvent tenté de formuler les soi-disant « droits fondamentaux » des Etats. Ces tentatives ont abouti à des résultats assez divergents. Cela est dû à l'influence des conceptions de droit naturel. Nous croyons que c'est Jellinek qui a fourni l'explication exacte de la condition générale des Etats en droit international. Selon lui la reconnaissance comme Etat implique celle de la souveraineté de l'Etat reconnu. Lui sont reconnus par là tous droits et compétences possibles à l'exclusion des réserves formulées par le reconnaissant ou de celles qui se déduisent du droit interne du reconnaissant. Dans cette dernière catégorie doivent être compris les principes juridiques généraux en vigueur dans l'Etat reconnaissant. Par suite de l'uniformité assez avancée

(1) Cf. Jellinek, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, p. 302.

Au problème de reconnaissance se rattache celui de la condition des Etats nouvellement reconnus, c'est-à-dire en général, de la condition des Etats nouveaux. Pour la solution de cette question nous renvoyons à l'explication de Cavaglieri, dans la *Revue générale*, vol. XVIII, 1911, p. 276. V. *supra*, p. 91, note.

des conceptions juridiques dans les États civilisés, ces réserves seront assez analogues (1).

Toutefois convient-il d'observer que, *formellement*, les réserves ne sont que des règles unilatérales de l'État reconnaissant. L'État reconnu a liberté de les accepter tacitement ou explicitement, ou de les rejeter. Il est *formellement* libre.

Mais tout le développement du droit international est une nécessité sociale, résultant du caractère inévitable du trafic international. C'est cette nécessité sociale qui porte à la reconnaissance mutuelle des États et les force à rendre de plus en plus uniforme leur respective condition juridique. Il en résulte une communauté *matérielle* de droit, dont tous les grands corps souverains de la civilisation moderne font partie — bon gré, mal gré (2).

Juridiquement, une communauté internationale existe-t-elle ? Certainement, mais ici, ce doit être une communauté basée sur un droit positif commun. Cette hypothèse, nous l'avons déjà remarqué, est donnée dans chaque cas de reconnaissance mutuelle de deux États. La reconnaissance fait de l'existence et de la validité d'un ordre étatique étranger un point de son propre droit — ce que Kelsen nomme une délégation — puis cet acte présume réciprocité. Tout cela établit un lien de communauté juridique d'après chacun des États reconnaissants. Et les deux Parties assument réciproquement les deux rôles de reconnaissant et de reconnu. Ainsi des communautés internationales juridiques sont établies, toutes partielles, correspondant exactement au nombre des reconnaissances mutuelles en vigueur. Mais, au delà de ces premières communautés, créées deux à deux par mutuelle reconnaissance, d'autres ont aussi lieu : chaque traité international, en

(1) Jellinek, tout comme la C. P. J. I. (v. *supra*, § 7), insiste sur la nature négative du droit des gens : « Juristisch relevant sind aber nur die völkerrechtlich gesetzten Einschränkungen der freien Betätigung der souveränen Persönlichkeiten im Verhältnis zu anderen. Nicht die staatliche Freiheit, sondern die Beschränkung derselben ist in erster Linie völkerrechtlich von Bedeutung. Und mit Rücksicht darauf lassen sich alle Betrachtungen, Behauptungen und Dithyramben über « die Grundrechte der Staaten » juristisch zusammenfassen in den einen Satz : « Kein Staat kann rechtlich von dem andern etwas fordern oder ihn rechtmässig zu etwas zwingen als auf Grund eines Rechtssatzes ». (*op. loco*, p. 304).

(2) Ainsi Jellinek, *op. loco*, p. 298.

créant une règle juridique nouvelle, en la basant dans le droit interne de chaque contractant sur la présomption d'une volonté adéquate de l'autre partenaire, établit un lien de communauté de plus. Et puisque les traités ne sont point exclusivement bilatéraux, mais représentent souvent l'accord des volontés d'une multitude d'Etats, la communauté juridique en résultant sera d'une envergure plus large. Par rapport aux règles affectant le trafic postal et télégraphique, la communauté juridique sera même générale, universelle ! Il va sans dire que, dans chaque cas, la communauté respective sera incomplète du point de vue de sa portée juridique : la communauté sera limitée aux matières réglées et n'affectera aucunement le *résidu des compétences étatiques*. Une communauté parfaite serait celle qui réglerait d'une manière uniforme ce résidu des compétences. Mais cela équivaldrait au transfert de la souveraineté des Etats particuliers à l'ordre commun, ce qui est contraire à la condition essentielle du droit international d'aujourd'hui.

Les coutumes en matière internationale, en tant qu'elles escomptent l'existence d'Etats étrangers et qu'elles partent de leurs droits correspondants, peuvent de même constituer des communautés juridiques internationales.

Ainsi la « communauté internationale universelle » objet de tant d'éloges et de déclamations, n'existe pas. Même sous le rapport de la civilisation, nulle communauté sur des matières internationales n'est universelle. Pour cela il faudrait que des fondements analogues unissent tout ordre sous lequel des hommes vivent, et établissent leurs relations mutuelles d'une façon uniforme. Cependant cela n'existe pas. Il existe encore beaucoup d'ordres indigènes dont le degré de civilisation est si différent de la « civilisation moderne » qu'une relation mutuelle entre les ordres appartenant aux deux civilisations est presque impossible et sûrement impraticable. Quant à la considération strictement juridique, nous avons vu que la base de la communauté est la reconnaissance étatique mutuelle. Malgré les reconnaissances quasi-collectives, la construction moderne de la souveraineté étatique fait peser

le poids de cet acte sur la volonté de l'Etat particulier. Donc les communautés internationales de base sont des compagnies de deux Etats qui se reconnaissent mutuellement. Le point commun est ici : la délimitation de propres compétences de chaque reconnaissant, se rapportant, par corrélativité, à l'existence et aux compétences des reconnus. Les traités et les coutumes bilatéraux ou multilatéraux, avancent et spécialisent la délimitation et établissent ainsi des communautés nouvelles, toutes émanant de l'acte fondamental de la reconnaissance. Les communautés étant de cette manière de systèmes de corrélativité normative, tout Etat fait partie d'autant de communautés qu'il y a d'Etats qu'il reconnaît. Il n'y a, *en principe*, que des communautés particulières (1). Cette connaissance est la conséquence logique de cette autre, que toute règle internationale est de droit interne, c'est-à-dire particulière. Elle restera telle, tant que la souveraineté ne sera pas transmise à un super-Etat.

Remarquons, pour conclure, que cette communauté normative ne doit aucunement être confondue avec la construction d'un ordre commun, dont les Etats feraient partie. Cela est incompatible avec la souveraineté étatique. Pour adopter la distinction de Gierke entre les *simples relations juridiques* et les *personnes juridiques* (1) nous pouvons formuler le droit international — du point de vue international — comme constituant seulement une relation juridique entre personnes de droit public, mais non comme formant un ordre propre personnifié. La différence essentielle au regard des autres parties du droit étatique consiste en ceci que toute règle internationale, au lieu de n'avoir que la seule et non équivoque présomption de la volonté étatique, présume la co-existence d'un autre Etat, présomption nécessitant une corrélativité.

Par la reconnaissance mutuelle de deux Etats un lien

(1) Cf. les observations assez analogues de Nippold, *Das Geltungsgebiet des Völkerrechts*, dans *Zeitschrift für Völkerrecht und Bundesstaatsrecht*, vol. II, 1908, p. 466 et suiv. ; Alvarez, *Le nouveau droit international public et sa codification en Amérique*, 1924, p. 17 ; même Heilborn, *System des Völkerrechts*, 1896, p. 400, admet la coexistence des communautés particulières, mais il les place au dedans de la communauté des Etats qui se reconnaissent mutuellement.

(1) *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, vol. II, p. 39.

juridique s'établit entre eux, un lien de communauté. De quelle nature est-il, demanderait Kelsen. Et il ne trouverait que deux hypothèses possibles : la coordination et la subordination. Et puisque chacune d'elles suppose un ordre commun, que nous n'ions, la construction apparaîtrait, d'après lui, défectueuse. Cependant une troisième relation existe aussi, qui s'effectue chaque fois que deux ordres souverains se lient sans renoncer à leur souveraineté : celle de la corrélativité. Les Allemands, avec un de leurs merveilleux mots immenses, la formuleraient — *Aufeinanderbezugnahme*. L'interdépendance mutuelle n'annule pas les deux indépendances, mais elle les combine l'une à l'autre par la liaison effectuée à l'intérieur de chaque ordre particulier.

Le problème de la soi-disant reconnaissance *de facto* n'en est, en réalité, pas un. Il se résout tantôt dans une reconnaissance du gouvernement d'un Etat déjà reconnu, tantôt dans une reconnaissance soumise à des réserves. Dans la dernière hypothèse, elle n'est qu'une variante de la reconnaissance juridique. Dans la première — nous avons un exemple de la liberté d'action d'un Etat envers l'autre, malgré la reconnaissance consommée. La reconnaissance est censée couvrir tout régime de l'Etat reconnu (1), cependant l'Etat reconnaissant peut la retirer ou suspendre ses effets. Toutefois, il ne le fera qu'en face de changements graves.

(1) En ce qui concerne l'identité de l'Etat du point de vue de droit des gens après une révolution, v. Akzin, dans la Revue de droit international, 1927, p. 367, note.



§ 13. — **Les Institutions internationales**

Tout Etat, agissant en sa qualité de créateur d'une règle de droit externe, peut l'adresser non seulement à un autre Etat, mais aussi à toute autre institution. Celle-ci se trouvera de cette façon destinatrice d'une règle juridique. Le caractère international de la règle en question résulte de ce qu'elle établit une relation juridique entre l'Etat et le groupement étranger, reconnu comme tel. Donc l'institution mentionnée acquerra la personnalité internationale. Bien entendu, cette qualification n'aura de valeur qu'envers l'Etat qui l'a reconnue. Cependant nous verrons que dans nombre de cas, la personnalité internationale est reconnue à une telle institution par plusieurs Etats. L'attitude respective d'Etats très nombreux ou très puissants exercera une influence sur l'attitude du reste des Etats modernes. La tendance quasi-générale d'effectuer une mesure juridique résultera d'habitude en sa généralisation complète, de même qu'une tendance restrictive du développement juridique, une fois devenue large, tendra aussi à s'amplifier.

L'histoire du droit international fournit plusieurs exemples de corps possédant une capacité internationale sans être Etats souverains. Ce n'est qu'au xix^e siècle que les auteurs attirés par l'éclat de la doctrine de la souveraineté en droit public, ont commencé à restreindre la notion du droit international : le droit entre groupements respectivement indépendants l'un de l'autre et non soumis à un ordre commun, se trouve transformé en un droit entre Etats souverains, munis chacun d'une indépendance absolue. Toutefois, cette construction ne pouvant pas satisfaire à la pratique internationale, la théorie a été forcée de recourir à des palliatifs de plus en plus étranges. Mentionnons seulement la notion malheu-

reuse de la mi-souveraineté, peut-être la plus obscure des constructions juridiques qui aient été jamais créées. Tout cela a été le résultat de la confusion entre la capacité internationale et la souveraineté — « puissance inconditionnée de commandement » selon Gidel (1). Cependant, avec la tendance générale vers l'organisation juridique de la vie internationale on voit l'agrandissement graduel de l'importance des institutions internationales autres que les Etats. Leurs fonctions sont nombreuses, leur organisation est fixée, leur activité totale a lieu dans le domaine exact du droit des gens, et ce n'est que très juste, si l'on fixe leur condition juridique en droit international moderne.

Des efforts y tendant, animés par le désir de fixer la place de ces institutions internationales dans le système du droit des gens, ont trouvé parfois une opposition étrange qu'il faut mentionner, notamment l'opposition de l'argument de *sui generis*. Le phénomène le plus intéressant dans le droit international du demi-siècle passé, était celui du Saint-Siège. Depuis la guerre c'est le cas de la Société des Nations. Or, dans la discussion doctrinale qui s'engagea dans cette matière on a entendu des voix qui niaient la personnalité internationale de ces institutions ; d'autres leur ont attribué cette qualité et se sont efforcés de rattacher le caractère juridique en question à une catégorie correspondante, à un principe directeur. Mais plusieurs auteurs se sont tirés d'affaire en déclarant ces institutions personnes internationales *sui generis*. On peut bien comprendre la tendance à éviter une construction, quelque peu artificielle, d'une catégorie ne consistant que d'un seul exemple, ou celle d'éviter, dans le cas de la S. D. N., la résurrection de la notion, aujourd'hui éteinte, de la Confédération, mais cependant on ne peut pas justifier cette attitude. Elle met en danger la doctrine systématique du droit des gens, fait disparaître l'unité méthodique et ne laisse subsister que des phénomènes isolés et fragmentaires (2).

(1) *La condition de la papauté*, Revue Générale, vol. XVIII, 1911, p. 593.

(2) V. les observations très justes de Schücking-Wehberg, *Die Satzung des Völkerbundes*, II. éd., 1924, p. 107 et suiv.

Qui dit *sui generis*, ne dit rien. Les *genera* doivent être examinés et définis.

La catégorie des institutions internationales autres que les Etats embrasse toutes les « personnes morales » à capacité internationale quelconque qui ne répondent pas à la définition objective de l'Etat, c'est-à-dire qu'elles ne représentent pas des ordres souverains qui s'effectuent d'une manière durable et assurée dans un groupement déterminé. En outre, ces institutions varient de manière très large quant à leur nature, quant au caractère de leurs fonctions et quant à l'étendue de leurs compétences. Pour le présent et le passé le plus proche on peut les classer comme suit :

A. Institutions indépendantes des Etats, se presumant souveraines, mais manquant soit :

1. de l'effectivité sociale (Saint-Siège jusqu'au traité de Latran), soit

2. de la stabilité assurée (Belligérants) ;

B. Institutions dérivées, rattachées en droit soit :

1. à un Etat particulier (Dominions, etc.), soit

2. à plusieurs Etats (Société des Nations, Unions Administratives Internationales, Tribunaux Internationaux, etc.).

Il paraît utile d'examiner de plus près les représentants les plus importants des catégories précitées. L'évolution du droit international semble favoriser le développement des institutions internationales, tout spécialement celles du type B², en se servant d'elles comme d'instruments du rapprochement des nations sans mettre en question la souveraineté des Etats particuliers. Une conception claire de la condition juridique exacte de ces institutions est par conséquent nécessaire pour pouvoir comprendre les traits essentiels du droit des des gens de nos jours.

Pour illustrer le premier type, prenons l'institution du Saint-Siège, telle qu'elle se présentait depuis l'occupation de Rome par les armées italiennes, le 2 octobre 1870 jusqu'à la

conclusion du traité de Latran, le 11 février 1929 (1). Pendant cette époque, la sphère de domination du Saint-Siège était purement spirituelle, les sanctions qu'il pouvait imposer — morales, la source de son ordre spécifique — métaphysique. Par ces traits il se distinguait profondément des grands systèmes juridiques de nos jours, incarnés dans les Etats, dont la domination est effective et s'appuie sur des sanctions coercitives dans le sens physique du mot, dont la source réside dans la conformité d'une société territorialisée à l'ordre exigé. Aucun doute que le Saint-Siège n'était pas, pour la période en question, un Etat.

On a parlé parfois de ce que le Saint-Siège représente l'organisation, socialement effective, des catholiques des pays différents (2). Ce fait en soi est indiscutable, seulement il paraît que les Etats particuliers, même ceux dont le Catholicisme est la religion officielle, ont maintenu une distinction très nette entre l'Eglise Catholique de leur pays, institution nationale, dont le Saint-Siège est reconnu supérieur hiérarchique *in spiritualibus*, sujet aux restrictions et précautions prises par le droit de l'Etat, d'un côté, et entre le Saint-Siège, personne morale internationale, de l'autre. En tant qu'il s'agit des compétences du Saint-Siège dans la direction des affaires des Eglises nationales, elles apparaissent, du point de vue des Etats concernés, basées sur des concordats ou sur des coutumes bilatérales, c'est-à-dire sur l'expression explicite ou tacite de la volonté étatique, corrélative à l'expression de volonté d'un corps étranger. Quant à la portée générale, en droit, du fait de l'intérêt reconnu du Saint-Siège en ce qui concerne le domaine religieux au dedans des Etats, il ne signifie nullement la reconnaissance d'une souveraineté concurrente du Saint-Siège à l'égard de la population catholique. La relation est plutôt analogue à celle qui existait entre la France et la

(1) Depuis, le Saint-Siège apparaît comme l'organisation gouvernementale de l'Etat de la Cité du Vatican. L'Italie lui a cédé le territoire nouveau et reconnaît l'ordre souverain qui se réalise sur ce territoire. Seulement, cet Etat exige possède de nombreux intérêts reconnus, dans le domaine religieux, en dehors de son territoire. Ces intérêts sont réglementés souvent par les concordats.

(2) V. Le Fur, *Le St-Siège et le droit international*, *Revue de droit international*, 1929, p. 38 et suiv.

Russie Impériale d'un côté et entre la Sublime Porte de l'autre, en ce qui concerne les droits de protection des Catholiques et des Orthodoxes de l'Empire Ottoman.

En ce qui concerne la condition juridique du Saint-Siège proprement dit, de la *Curia Romana*, elle était celle d'une institution reconnue étrangère et indépendante par les Etats différents. Les actes de reconnaissance étaient tantôt des lois — comme la loi des garanties italienne —, tantôt des traités passés entre un Etat et le Saint-Siège, qualifiés comme concordats. Tous ces actes portaient reconnaissance, de la part des Etats, de sa capacité internationale non dérivée d'eux. Le Saint-Siège lui-même maintenait aussi l'affirmation d'être un corps juridique indépendant et accordait une reconnaissance analogue aux Etats.

Pour un jurisconsulte qui fait du droit des gens comparé, la situation du St-Siège, 1870-1929, se présentait comme suit : la *Curia* était reconnue avant 1870 personne indépendante du droit international, étant l'organisation spécifique d'un Etat souverain. En 1870 l'Etat disparut par annexion et les Etats étrangers pouvaient donc retirer à la *Curia* la reconnaissance de sa personnalité internationale. Mais, loin de le faire, la plupart des Etats manifestent, par la continuité de leurs rapports diplomatiques ou même par la conclusion de concordats nouveaux, qu'ils maintiennent leur reconnaissance du Saint-Siège (1). Dans une telle relation ininterrompue tous les éléments doivent être considérés identiques tant qu'une telle présomption ne contredit pas la réalité. Tous les caractères d'Etat étant disparus, le Saint-Siège ne peut plus être présumé Etat (2). Mais la supposition d'une diminution quelconque de sa qualité de corps juridique indépendant serait tout à fait injustifiable.

Malgré cette situation si simple, certains auteurs se heurtaient au fait, que l'indépendance réelle du Saint-Siège était liée à une loi interne de l'Italie. Dès lors, croient-ils, le tout est une institution du droit public italien et n'a pas une

(1) Ainsi le Fur, *eod. loco*, p. 41.

(2) Donc il n'y a plus lieu de parler de ces droits dont l'exercice est matériellement lié à un pouvoir étatique.

portée internationale propre. Dans cette forme l'objection ne saurait être justifiée : nous avons constaté que toute relation internationale doit être rattachée, d'une manière ou d'autre, à une loi explicite ou à une coutume établie du droit étatique. Donc, le fait que la conception italienne sur la condition juridique du Saint-Siège est fixée sous la forme d'une loi ordinaire du Royaume n'a aucune importance. Même le moment du défaut de corrélativité et de réciprocité entre la conception de l'Italie et celle du Saint-Siège n'aurait pas suffi à anéantir le caractère international de la loi italienne. La vérité en est toute autre : le moment décisif se trouve dans le *contenu* de cette loi. Elle n'établit pas pour le droit italien la personnalité internationale du Saint-Siège, mais se borne à prévoir une telle reconnaissance de la part des autres Etats et en assure la réalisation (1). En vertu de l'énoncé de cette loi, le Saint-Siège n'était pas reconnu par l'Italie comme personne de droit international.

Cependant il ne faut pas généraliser la portée de cette loi. Elle n'a pas de vigueur que pour l'Italie. La conception juridique des autres Etats sur le Saint-Siège est déterminée par eux en toute indépendance de la règle du droit italien. Et encore, s'il y a lieu de rattacher les conceptions des Etats divers sur le Saint-Siège l'une à l'autre, ce ne sera la conception générale qui se basera sur la loi italienne, mais plutôt la loi italienne qui viendra se conformer à une obligation internationale : en effet, la loi des garanties ne présente que la réalisation de l'engagement international assumé par l'Italie envers nombre d'Etats par la notification de la circulaire fameuse de M. Visconti Venosta, du 18 octobre 1870 (2).

L'Italie n'était pas le seul Etat qui ne reconnaissait pas la personnalité internationale du Saint-Siège. Même dans le sens limité de la communauté des Etats civilisés, la capacité internationale du Saint-Siège n'était pas universellement reconnue. Cependant, après l'analyse du phénomène purement

(1) V. Art. III, XI et XII de la Loi du 13 mai 1871. Cité d'après Gustine, *La loi des garanties et la situation internationale de la papauté*, Paris, 1901.

(2) Ainsi Liszt-Fleischmann, *Das Völkerrecht*, 1925, p. 92.

arithmétique de l'universalité en droit international, nous ne pouvons voir en ceci aucune distinction fondamentale.

Ce qui reste, c'est le lien de réciprocité unissant le Saint-Siège et les Etats qui se reconnaissaient mutuellement comme personnes indépendantes du droit international. Aussi tous les actes accomplis par les Parties à une telle relation réciproque servent au même but. Les concordats sont des traités soumis aux principes du droit international en vigueur pour les Parties (1) ; à moins d'une reconnaissance explicite le précédant, le concordat implique la reconnaissance par chaque partie de la capacité de l'autre. La nomination d'un Ambassadeur auprès du Saint-Siège est démonstrative de la reconnaissance de celui-ci par l'Etat qui nomme, de même que l'accréditent d'un Nonce Apostolique auprès du Chef de l'Etat est significatif de la reconnaissance de l'Etat par le Saint-Siège (2). Après la guerre 1914-1918 ce procédé tacite s'est dégagé d'une forme explicite par la reconnaissance formelle des Etats limitrophes Baltes par le Saint-Siège.

Il faut d'ailleurs souligner que la reconnaissance de l'indépendance (3) du Saint-Siège signifie qu'il apparaît non seulement comme destinataire, mais aussi comme créateur du droit des gens. Il mit, en effet, des explications données plus haut (4), qu'un ordre juridique, tant qu'il est présumé à la fois valable et indépendant, ne peut être lié que par des règles

(1) Il est possible de qualifier de traités seulement les accords entre Etats. Ainsi le fait Liszt-Fleischmann, *op. cit.*, p. 93, et il nie aussi au Saint-Siège toute personnalité internationale. Il part, notamment, de la supposition que « les Etats sont seuls sujets du droit international » (p. 85). Toutefois la pratique internationale a toujours qualifié les relations diplomatiques avec le Saint-Siège de droit international et les concordats de traités internationaux.

(2) On peut de même contester aux Nonces apostoliques et aux diplomates accrédités auprès du Saint-Siège la qualité diplomatique proprement dite, mais les Etats ne le font pas. Au point de vue théorique, Gidel déclare avec raison : « il n'importe guère que « matériellement » les envoyés de la papauté ne soient pas de véritables agents diplomatiques, si « formellement » tous les privilèges et immunités diplomatiques leur sont reconnues ; et, en fait, ils le leur sont toujours » (*op. cit.*, p. 614). En effet, la qualité diplomatique ne consiste point dans de fonctions matérielles, variables toujours, mais seulement dans la condition formelle.

(3) Nous parlons dans le cas du Saint-Siège de son indépendance au lieu de parler de sa souveraineté seulement parce que le terme de souveraineté est d'habitude entendu comme un ordre non dérivé et socialement effectif. Ce moment d'effectivité (dans le sens de domination, de pouvoir politique, d'*imperium*) faisait défaut pendant la période envisagée, mais du côté normatif, l'expression d'indépendance équivaut à celle de souveraineté.

(4) V. *supra*, p. 131.

qu'il crée lui-même, selon sa propre volonté. Or, toutes les deux hypothèses sont données, lorsqu'il s'agit de la relation existant entre le Saint-Siège et un Etat le reconnaissant.

Mais la capacité reconnue au Saint-Siège, est-elle vraiment « internationale » ? Ne s'agissait-il plutôt d'une relation « assimilée » à une relation internationale ? (1). Les concordats sont-ils réellement des traités, et les nonces — de diplomats ? — Pure question des mots ! Si l'on insiste à comprendre sous le nom de droit international les seules relations juridiques existant entre Etats, la réponse y sera négative, puisque le Saint-Siège n'était pas un Etat. Cependant insister sur cette conception étroite du droit international serait aller à l'encontre du développement moderne de ce droit. Le droit des gens ne se bornait à aucune époque aux Etats purement et simplement ; des communautés diverses étaient destinataires de ses règles, bien qu'elles ne prétendissent pas à la qualité étatique. Des villes, des provinces, des Compagnies colonisatrices en étaient les exemples. De nos jours ce développement s'accroît avec encore plus de vigueur. Multiples sont les institutions auxquelles une capacité internationale est reconnue. La pratique des Etats modernes ne connaît pas une branche juridique spéciale pour les règles concernant les Unions Administratives Internationales, la Société des Nations, le Saint-Siège, par distinction des règles concernant les Etats étrangers. Dans le langage diplomatique, le même terme de droit international embrasse toutes ces règles. Aussi les auteurs contemporains sont-ils quasi-unanimes sur le point que la capacité internationale est en principe accessible aussi aux non-Etats. Dans ces circonstances, l'hésitation de quelques auteurs d'admettre la personnalité internationale du Saint-Siège d'avant

(1) Oppenheim, *International Law*, 1920, est un exemple des théoriciens qui, ayant adopté la maxime suivant laquelle les Etats sont seuls susceptibles de la personnalité internationale, s'efforcent vainement à reconcilier cette maxime avec la condition effective du Saint-Siège : « Of course, through this treatment the Holy See does not acquire the character of an International Person... But for some purposes the Holy See is in fact treated as though she were an International Person... It must therefore be maintained that by custom, by tacit consent of the members of the Family of Nations, the Holy See has a quasi-international position » (p. 185). La tentative d'apaiser la réalité contraire à sa doctrine par la construction d'une quasi-personnalité est d'une simplicité incroyable.

le traité de Latran nous paraît assez bizarre. Nous ne croyons pas qu'on puisse justifier cette attitude par des raisons autres que politiques.

Quelles étaient les limites de la capacité internationale du Saint-Siège ? Du côté du Saint-Siège lui-même il y a présomption d'un ordre indépendant, donc possédant la compétence de déterminer sa propre compétence. Quant aux Etats le reconnaissant en qualité de personne indépendante, ils doivent, par conséquent, lui assigner la même capacité illimitée en principe (1). Matériellement il faut cependant constater que nombre de fonctions ne pouvaient pas être assignées au Saint-Siège parce qu'il lui manquait les conditions de leur réalisation. Telles étaient notamment les fonctions possédées par un Etat et appliquées en conséquence de son *imperium* personnel et territorial. Le Saint-Siège ne pouvait pas les appliquer vu qu'aucune autorité d'*imperium* ne lui appartenait à l'égard des individus et qu'aucun territoire n'était soumis à son pouvoir politique. Les *droits* que le Saint-Siège possédait en ce qui concerne le Vatican et le personnel de la Curie étaient plutôt des privilèges à lui assignés par l'Italie, qui a suspendu, en faveur du Saint-Siège, l'exercice de son pouvoir politique sur le terrain en question.

La capacité internationale du Saint-Siège n'était pas universellement reconnue. Plusieurs Etats ne l'admettaient pas. Cela veut dire que, selon le droit de ces Etats et envers eux, le Saint-Siège n'avait pas la personnalité du droit des gens. Cependant, après l'analyse faite du phénomène purement arithmétique de l'universalité en droit international, nous ne pouvons pas voir dans cette circonstance une particularité vraiment fondamentale.

A côté du Saint-Siège 1870-1929, d'autres corps indépendants trouvent aussi reconnaissance comme personnes de droit international. Ce sont les *Parties Belligérantes*. C'est une conception coutumière réalisée par plusieurs Etats et à

(1) La présomption d'une capacité illimitée est toujours donnée, lorsqu'il s'agit d'un corps indépendant, car l'indépendance ne signifie autre chose que la non-limitation par un ordre supérieur.

plusieurs reprises, qu'au moment où un groupement assez fort organise une résistance active contre un Etat qui prétend y exercer son autorité, et que des hostilités commencent, un Etat tiers peut reconnaître au groupement révolutionnaire la capacité internationale, sans toutefois préjuger les titres respectifs des pouvoirs en conflit sur le territoire en cause, et sans offense au respect dû à l'intégrité territoriale de l'Etat combattant. Par cette reconnaissance, l'Etat tiers a la faculté de qualifier le conflit armé de guerre et de se prévaloir de ses droits de neutralité et d'exiger de la part des Parties combattantes le respect de cette neutralité (1).

La condition d'une Partie belligérante est bien claire, et la doctrine, en général, l'a acceptée aussi. Par opposition au Saint-Siège, dont la qualité résiderait dans des titres juridiques en l'absence d'un *imperium* effectif, la Partie belligérante reconnue comme telle est caractérisée par l'absence de titres internationaux suffisants auxquels se substitue l'exercice, pour le moment indiscutable, d'un *imperium* effectif, ne fût-ce que sur les forces militaires et les vaisseaux de guerre. Aussi leur reconnaissance a-t-elle pour but principal une réglementation de cet *imperium* conformément aux intérêts de l'Etat reconnaissant, plutôt que la conclusion d'actes solennels et de longue vue.

La reconnaissance d'une Partie belligérante signifie, elle aussi, la reconnaissance de l'indépendance de l'ordre en question. Donc, la Partie belligérante apparaît en droit international comme créateur de règles juridiques, c'est-à-dire qu'elle est censée se conformer au droit international en vertu de sa propre volonté, et non pas en vertu de l'autorité des Etats subsistants. Seulement, vu la jeunesse extrême de la Partie belligérante et vu la situation précaire dans laquelle elle se trouve, elle ne modifiera pas, en général, le contenu matériel des règles anciennes du droit international, mais adhérera à elles de manière explicite ou tacite. D'ailleurs, la reconnaissance de la Partie belligérante est un libre exercice

(1) Cf. l'excellente analyse de la condition des Belligérants par Hall-Higgins, *op. cit.*, p. 36 et suiv.

de droit de la part des communautés anciennes, et elles ne l'accorderont que si la Partie Révolutionnaire, cherchant reconnaissance, déclare adhérer aux conceptions juridiques familières. La même construction s'applique au problème de la validité du droit international préexistant pour les Etats nouveaux (1).

Rien ne nous dit que les deux types cités resteront à jamais les seuls corps extra-étatiques à posséder la personnalité internationale. Celle-ci pourrait être étendue aussi à d'autres institutions analogues. Des institutions religieuses, humanitaires, raciques, (2), scientifiques, des sociétés telles que l'Internationale Ouvrière, etc., pourraient être investies d'une telle capacité. Elles appartiendraient à la catégorie extra-étatique, tant que leur autorité se présumerait indépendante, non pas dérivée d'un ordre étatique quelconque et tant que cette autorité indépendante leur serait reconnue par les Etats. Mais pour le moment les deux exemples précités ont été seuls à acquérir la personnalité juridique non-dérivée.

D'une nature toute différente sont les institutions à capacité internationale dérivées de l'ordre juridique d'un ou de plusieurs Etats. Celles-ci sont enchaînées dans l'unité normative de leurs Etats respectifs et apparaissent dès lors comme des organes étatiques. La question de la personnalité distincte d'un tel organe, est de manière générale résolue par le contenu des règles étatiques qui déterminent leur condition juridique : si celles-ci établissent des fonctions discrétionnaires (droits) ou des fonctions impératives (devoirs) attribuées et rattachées distinctement à l'organe en question, s'il est fait ainsi destinataire formel de règles de droit, on dira qu'il acquiert la capacité juridique — dans les limites, bien entendu, de sa compétence ainsi fixée. Cela est vrai à l'égard du droit privé comme à l'égard du droit public interne et cela reste vrai en ce qui concerne la sphère des relations internationales. La capacité civile d'une régie fiscale, la capacité admi-

(1) Cf. *suprà*, p. 91, note.

(2) Que l'on songe au développement rapide du contact entre les populations consanguinaires de plusieurs Etats.

nistrative d'une commune et la capacité internationale d'un dominion de l'Empire Britannique se présentent comme étant précisément de la même nature.

On ne peut pas donner ici une définition matérielle des compétences de ces personnes dérivées qui nous servirait ainsi de guide sur la question de savoir l'étendue de leur personnalité, étant donné que les dispositions y relatives du droit étatique varient beaucoup et sont susceptibles de variations encore plus grandes. Mais le principe peut être établi que ces personnes ne possèdent pas la compétence de leur compétence, qu'elles ne sont pas qualifiées pour créer des règles primaires, que leur condition et toutes les fonctions en découlant n'ont force juridique qu'en vertu de l'autorité étatique superposée. Toute cette catégorie est composée de simples destinataires et non pas de créateurs du droit des gens.

Parmi les institutions dérivées d'un seul Etat qui ont acquis la personnalité internationale, certaines colonies autonomes occupent la place la plus importante. Leur entrée comme personnes du droit des gens s'accomplit lors de l'attribution à elles de fonctions internationales quelconques de la part de l'Etat-métropole, lors de la reconnaissance de ces fonctions par des Etats tiers et lors de l'exercice effectif de ces fonctions par la colonie elle-même. L'exemple typique d'une telle compétence personnifiée en matière internationale des colonies est donné par les *dominions* britanniques. Ils possèdent déjà une personnalité internationale distincte et en font abondamment usage. Ils sont tous membres originaires de la Société des Nations, et quelques-uns d'entre eux exercent même le fameux *ius legationum*. On pourrait argumenter qu'il s'agit, en l'espèce, d'Etats et que, dès lors, aucune innovation n'a eu lieu. Seulement on peut réfuter cet argument sans entrer de nouveau dans la discussion interminable de la définition de l'Etat : le Pacte de la Société des Nations, document en vigueur pour 56 communautés politiques et, en premier lieu, pour les dominions eux-mêmes, prend soin d'établir, dans son art. 1^{er}, une distinction nette entre les « dominions et colonies » et entre les « Etats ». Nous n'avons

qu'à supposer que le Pacte envisage comme Etats les seules communautés, dont l'ordre juridique est souverain. Les dominions, quels qu'en soient larges les compétences, quels qu'en soient décoratifs les titres, ne sont que des ordres dérivés de personnes autonomes de leur Etat suzerain. L'acte du parlement britannique qui pose le statut du dominion, est le fondement de leur condition juridique non seulement d'après le droit anglais, mais aussi d'après le droit propre des dominions. Cet acte ne représente pas, comme c'était le cas des Etats-Unis, la reconnaissance de l'indépendance d'une communauté étrangère, mais établit, bien au contraire, le principe de leur subordination au droit anglais et fixe les compétences de ces ordres subordonnés. Le dominion, d'autre part, loin de se présupposer ordre non-dérivé, ayant sa source en lui-même et acceptant l'acte du parlement britannique comme acte de reconnaissance de cette indépendance de la part d'un Etat étranger, en fait usage comme de la charte constitutive de son système de droit et se place, par là, sur le point de vue anglais (1). Toute activité juridique, interne ou internationale, n'est qu'une nouvelle réalisation de l'acte britannique impliquant l'autorisation de cette activité.

De là suit la conformité nécessaire de la situation juridique des dominions envers les Etats tiers à l'acte de la métropole, principe et fondement de cette situation. Un Etat tiers, ou toute autre personne, étrangère, du droit international, tant qu'il respecte l'intégrité de l'*imperium* territorial de la métropole, ne peut pas reconnaître au dominion des compétences internationales excédant la capacité à lui attribuée par celle-là. En particulier, une personne tierce ne saurait reconnaître » à la métropole lui ait attribué cette qualité ; le faire équivaldrait à l'incitation à la révolution (2).

(1) Même dans le cas extrême de l'Etat Libre d'Irlande, dont les hommes d'Etat et les juristes se prévalent de la naissance originaire de leur dominion, par voie révolutionnaire, ce qui serait reconnu par la Grande-Bretagne lors de la conclusion de l'accord, la dérivation de ce dominion du droit britannique suit du texte du 12 Geo. 5 c. 4 et se trouve confirmée par le 13 Geo. 5 c. 1.

(2) Cf. la conférence sur le *statut des dominions* délivrée par M. Morgan, Professeur de droit constitutionnel à Londres, citée d'après le *Times*, le 16 mars 1929 : « It was a complete fallacy to imagine that international status had been established for the Dominions by some authority external to Great Britain, for

Il semble que le développement de la capacité juridique propre des grandes colonies britanniques ne va pas rester isolé. On peut supposer, au contraire, que ce type des ordres

their admission to the League was governed by the Covenant and signed by the British Empire as one principal. The so-called recognition of Dominion status by the League is a recognition accorded to the Dominions at the request of his Majesty's Government ».

La conférence contient aussi d'autres aspects intéressants : If they considered the question of Dominion representation in foreign capitals the first thing to note was the fact, of considerable Constitutional importance, that such representatives are appointed on the advice of the Dominions Office, not the Foreign Office. But the real Constitutional point was this, who accords the recognition which makes a foreign State a sovereign body to whom a Minister can be sent ? « The Courts », to quote Lord Justice Scrutton, « must be guided in questions whether a particular person or institution is a sovereign only by the statement of the sovereign on whose behalf they exercise jurisdiction ». That sovereign in every Dominion was the King, and it lies with the King, advised by the British Secretary of State for Foreign Affairs, and by him alone, to declare whether a foreign State or not. Canada can only have a Minister in Tokyo because the British Government recognizes Japan as a sovereign State. The Dominions were not legally independent sovereign States, because they have not an independent right of making war. If war was declared by the King on the advice of his Ministers in Downing-street, nothing short of a Declaration of Independence could achieve the neutrality of a Dominion...

Once grasp, as some of these Dominion orators have not quite grasped, the significance of the maxim, so often laid down and so often applied by the Judicial Committee of the Privy Council, that the Crown is « one and indivisible throughout the Empire », and a great deal of the current use and mis use of the term the « sovereignty » of the Dominions will, in losing half its meaning, lose all its danger. Once admit the truth of that other legal maxim, as important to the autonomy of the Dominion Courts as it is to the territorial sovereignty of their Legislatures, that « the King is everywhere present in his Dominions », and you will discover the source of the Dominion prerogatives themselves.

Le même point de vue est souligné par Sir Cecil Hurst, dans l'ouvrage collectif : *Great Britain and the Dominions*, Chicago, 1927, p. 52 : « It must be remembered that under the British theory of government all executive authority is vested in the crown and the oneness of the crown means the oneness of the executive authority throughout the King's Dominions ».

Se référant à la déclaration de la Conférence Impériale de 1926, suivant laquelle la Grande-Bretagne et les Dominions sont « autonomous communities within the British Empire, equal in status, in no way subordinate one to another in any aspect of their domestic or external affairs, though united by a common allegiance to the Crown, and freely associated as members or the British Commonwealth of Nations », le professeur Morgan en caractérise la portée, trop fréquemment exagérée : « It would be well to remember that the declaration of 1926 was not an end but a beginning. It might be prophecy, but it certainly was not law. It was a political not a legal act, or at most a convention, using convention to mean a purely political understanding the force of which is exactly correlative with the extent to which it is observed » (*eod. loco*).

En ce qui concerne la compétence matérielle des Dominions en matière internationale, il nous semble que Hall-Higgins, *op. cit.*, p. 35, la restreint un peu trop, lorsqu'il dit : « For the general purposes of international law, except for League of Nations proceedings, it is not believed that any one of the self-governing Dominions possesses international personality apart from the whole of the Empire ». Le terme de « *general purposes* » est assez vague et son introduction pourrait présenter des difficultés. Il faut convenir, toutefois, que, tant que les Dominions n'exercent pas de fonctions internationales reconnues expressément ou tacitement par la Grande-Bretagne, c'est le gouvernement britannique qui agit pour eux. Mais, ici même, la tendance s'accroît de tenir compte des Dominions comme des personnes distinctes, représentées par le gouvernement de Londres et par ses organes.

territoriaux dérivés aura un grand avenir comme sujets du droit des gens.

Outre les colonies, les territoires soumis au régime du « protectorat colonial » (1) appartiendraient aussi à cette catégorie de personnes internationales dérivées, si l'on pouvait imaginer une extension dans le domaine international des compétences des pouvoirs publics de ces territoires.

A notre avis il faut considérer les pays sous mandat comme formant partie de la même catégorie. La confusion qui dominait pendant les premières années d'après-guerre en ce qui concerne la condition juridique de ces pays semble s'évanouir peu-à-peu, et bien que plusieurs auteurs confondent encore la réalité juridique avec leurs aspirations personnelles très louables, on peut déjà dégager, dans les procès-verbaux de la Commission des mandats, ceux du Conseil de la Société des Nations, les sentences de la Cour Permanente de Justice Internationale et des tribunaux nationaux, la notion positive du mandat international : pour les catégories B et C — colonies de l'Etat mandataire, et dont l'administration est soumise à plusieurs égards à un contrôle international exercé pour les Etats intéressés par leur organe commun — la S. D. N. Le contrôle et les clauses restrictives mentionnées dans l'art. 22 du Pacte sont tout-à-fait conformes à la notion d'autrefois de *servitutes internationales*. Pour la catégorie A. — communautés protégées par l'Etat mandataire sous un contrôle international analogue, le protectorat en cause est une relation internationale, non pas interne, puisque les communautés sont, en principe, reconnues comme « nations indépendantes » (2) et puisque leur population possède une nationalité distincte, mais il diffère du protectorat international et s'approche du protectorat colonial en ce que

(1) V. *Suprà*, p. 128 et suiv.

(2) Art. 22 du Pacte de la S. D. N. — En qualifiant la relation en question comme un protectorat, nous n'allons pas, peut-être, assez loin dans le sens du rattachement constitutionnel du pays sous mandat à l'Etat mandataire. Les mandats eux-mêmes maintiennent une attitude beaucoup plus stricte, comme il suit de la disposition suivante du Mandat Palestinien : « His Britannic Majesty shall have the right to exercise as Mandatory all the powers inherent to the government of a sovereign state save as they may be limited by the terms of the present Mandate ».

la forme et les compétences de l'administration sont déterminées par le droit de l'Etat mandataire (1).

Ainsi la désignation des organes gouvernementaux des pays sous mandat, de même que la détermination des compétences de ces organes, s'effectuent par des actes de l'Etat mandataire. C'est donc de l'ordre juridique de ce dernier que dérive l'administration totale du pays, sauf les restrictions internationales à lui imposées. Nous voyons ce procédé ayant lieu non seulement dans les pays des catégories B et C, mais même dans ceux de la catégorie A : d'évolutions juridiques tellement importantes que la création d'une République en Syrie et d'un Royaume en Mésopotamie, de même que le vote d'une loi constitutionnelle en Palestine, sont intervenues par la seule et unique autorité de l'Etat mandataire. C'est pourquoi nous devons rattacher la personnalité juridique des pays sous mandat en général, et leur personnalité internationale, en particulier, à l'Etat mandataire respectif, en qualité d'ordre dérivé. Les pays B et C se trouvent dans une condition de civilisation tellement primitive, que leur entrée dans le sys-

(1) Nous nous occupons seulement du phénomène du contrôle international auquel les pays sous mandat sont soumis d'une manière permanente et croyons l'avoir éclairé par l'analogie à une « servitude internationale » en faveur d'une communauté d'Etats. Quant au problème soulevé dans la doctrine par le fait de la *distribution* des mandats sous l'autorité de la S. D. N., nous ne lui attachons aucune importance juridique, tout en reconnaissant l'éminente valeur morale des « principes » énumérés par l'article 22. La lecture des deux premiers alinéas de cet article suffit pour voir qu'ils ne contiennent pas de dispositions juridiques, mais représentent une sorte de préambule déclaratif. Ceux qui voulaient dégager la nature juridique du mandat durent, faute d'indication quelconque dans le texte solennel, se référer au droit civil et au droit romain. Cependant rien ne justifie la supposition que le « mandat » en question est celui du *Corpus iuris civilis*. D'ailleurs le texte parle non seulement du « mandat », mais aussi de la « tutelle ». Faut-il alors s'adresser au droit des personnes romain pour connaître les compétences de l'Etat-tuteur ?

Une seule définition générale du mandat est fournie par le texte, selon laquelle « le caractère du mandat doit différer... ». Nous la croyons très exacte. Mais lorsqu'il s'agit d'un terme indéfini et dont le caractère « doit différer », nous préférons ne pas encombrer le droit positif avec ce phénomène mystérieux. Pour la situation juridique, nous nous référons donc aux dispositions positives, telles qu'elles se sont dégagées depuis, au cours de dix ans de leur application. Les mandats eux-mêmes ne sont autre chose que les conventions dans lesquelles la Confédération de Genève s'accorde avec un Etat particulier (le moment bilatéral est fourni par l'acceptation du mandat de la part de l'Etat désigné) sur les termes de l'administration générale et des « servitudes internationales » du pays en question. La nature du rapport juridique en résultant ne dépendra donc pas du fait du mandat, mais de son contenu variable.

La plupart des auteurs sont d'un avis contraire. Cf. notamment Fauchille, *op. cit.*, vol. 2, p. 821 et suiv. et Van Rees, *Les Mandats Internationaux*, vol. II, 1928. ch. I.

tème international avec une personnalité distincte n'est pas encore faite. La Mésopotamie, la Syrie et la Palestine exercent cependant déjà une activité internationale assez considérable, et il paraît, dès lors, utile de préciser leur condition.

Il nous reste, enfin, à envisager la grande catégorie des institutions créées par l'autorité de plusieurs Etats et auxquelles est confiée la gestion de certaines relations internationales. Toutes ces institutions apparaissent, pour l'analyse juridique, comme *organes communs* des Etats créateurs. La construction de cette notion d'organe commun se rattache à celle du traité — corrélation formelle des actes étatiques unilatéraux se référant l'un à l'autre. Notre hypothèse sera réalisée, lorsque le traité, au lieu de s'adresser directement aux Etats contractants, établira un organe spécifique, muni de capacité juridique distincte. Cet organe, personnification des droits et des obligations assumés par les Parties Contractantes et embrassant ces droits et obligations *in parte* ou même *in toto*, se trouvera donc dérivé de chacune d'elles.

S'il est vrai que tout traité, en établissant un lien de corrélativité entre les Etats Contractants, crée une *union* entre eux, il en résulte également qu'un traité établissant un organe distinct, investi de capacité propre, pour la gestion de cette union, la *personnifie*. Dans ce sens large on peut parler d'une union d'Etats, personne de droit international, chaque fois qu'un organe distinct commun est établi pour réaliser le contenu d'un traité. Certes, la distinction établie par Jellinek entre l'établissement de l'unité dans une matière particulière et entre celle qui affecte la généralité d'intérêts et de fonctions étatiques (1), doit être observée. Sinon, nous serions menés à l'écart de la réalité politique contemporaine. Il nous semble cependant que le langage courant accentue cette différence d'une manière satisfaisante, en bornant à la seconde catégorie le nom de *Confédération*, tandis que le nom d'*Union* sert

(1) Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, III, éd., p. 762 et-suiv.

à caractériser la catégorie plus large de toute corrélation interétatique personnifiée, quelle qu'en soit l'ampleur (1).

La seule confédération existant aujourd'hui est la Société des Nations. Ce caractère lui est souvent disputé, vu la faiblesse de cet organisme. Cependant il est tout naturel qu'une confédération, institution prétendant à des compétences très larges sans posséder en général un *imperium* effectif — réservé aux Etats confédérés — ait à traverser des périodes de faiblesse d'autant plus marquée que ces prétentions unificatrices se heurtent au particularisme de ses membres. Aussi la Confédération allemande a connu des époques où son effectivité n'excédait pas celle de l'institution de Genève. Ce qui importe pour la classification juridique, c'est la portée formelle de la S. D. N., or formellement la compétence de la S. D. N. couvre « toute question affectant la paix mondiale ou la nature des relations internationales » ce qui suffit pour la qualifier de Confédération (2).

(1) En allemand, les termes correspondants sont *Staatenbund* pour la Confédération, et *Staatenverein* pour l'Union.

(2) Cette qualification, bien que schématique, est infiniment préférable à celle autre qui déclare la S. D. N. une personne *sui generis*, comme le font Oppenheim (*Revue générale*, vol. 26, 1919, p. 238 et suiv.) et d'autres. Cf. la discussion de ce problème par Schücking-Wehberg, *op. cit.*, p. 107 et suiv.

Matériellement, Oppenheim commet une erreur, lorsqu'il croit que dans le cas de la Confédération il doit y avoir des organes « investis d'un pouvoir sur les Etats membres. Or le Pacte de la S. D. N. n'a donné en aucune manière aux trois organes constitutionnels de la Société un pouvoir quelconque sur les Etats qui en font partie » (p. 237). Du point de vue formel, les pouvoirs de la Confédération ne sont jamais au dessus des Etats, puisque c'est la volonté des Etats qui constitue la source de ces pouvoirs. Mais quant à la portée matérielle de ces pouvoirs, ils vont assez loin même dans le cas de la S. D. N., comme il résulte notamment de l'art. 16 du Pacte.

Nous nous associons donc à la qualification de Confédération, donnée à la S. D. N. par Schücking-Wehberg, *op. cit.*, et Redslob, *la Société des Nations*, 1927, p. 21 et suiv., avec la correction introduite par Strupp, *Eléments*, p. 290, à savoir qu'elle est une Confédération de personnes de droit international et non seulement d'Etats.

Il faut savoir gré à Chevallier, dans la *Revue de droit international*, 1927, p. 11 et s., d'avoir divulgué la parenté entre la S. D. N. et la Sainte-Alliance. Cependant, la Sainte-Alliance était une union sans personnalité juridique distincte de celle des Etats qui la composaient ; c'est pourquoi les deux phénomènes, bien que très proches d'esprit, sont formellement tout différents.

Une observation analogue doit être faite à propos de la constatation récente de M. Le Fur, dans la *Revue de droit international*, 1929, p. 68 et suiv. : « Dès aujourd'hui, à certains points de vue, l'Etat a cessé d'être cette forme d'organisation la plus élevée : il est dépassé par cette puissance, temporelle comme lui, mais sans base territoriale délimitée, qu'est la S. D. N. ». Cela est vrai à beaucoup de points de vue, seulement il faut souligner que le point de vue du droit positif n'est pas l'un d'eux. D'après lui, la S. D. N. n'est qu'une création dérivée des Etats et des Dominions. Son activité est réglée par eux, et tout membre possède la faculté de regagner sa pleine liberté d'action (Art. 1, alinéa 3 ; Art. 26, alinéa 2).

N'étant pas un Etat, la S. D. N. ne peut exercer plusieurs fonctions internationales. Cependant les capacités de cette institution sont encore très considérables. Les fonctions essentielles de la S. D. N. sont la *médiation*, la *consultation en matière législative* et la *gestion des affaires administratives internationales*. La médiation est à entreprendre dans un but pacifiste, en vue de diminuer les risques des troubles internationaux et, tout particulièrement, de la guerre. Dans l'exercice de cette fonction, la S. D. N. est soutenue par l'engagement des membres d'accepter cette médiation et la procédure y relative. Tout cela a transformé la médiation, jadis phénomène accidentel laissé à la bonne volonté de toutes les Parties intéressées, en une institution réglementée du droit des gens. Le Pacte consacre à cette fonction plusieurs articles (1). L'autre fonction, celle de la consultation en matière législative, pourrait aussi se développer d'une manière considérable. Ses objets sont partiellement pacificateurs, partiellement économiques ou humanitaires (2). Dans la troisième catégorie de fonctions rentrent les relations mentionnées dans les art. 9, 18, 22, 23 et 24 du Pacte, et d'autres fonctions de gestion ou de contrôle administratifs, confiées à la S. D. N. par les traités de paix, comme celles concernant le bassin de la Sarre, la ville libre de Dantzig et la protection des minorités.

En ce qui concerne l'extension des compétences de la S. D. N. au delà de celles fixées par les traités de paix, nous devons rejeter la conception de Schücking-Wehberg qui déclarent : « Etant un sujet incontestable du droit international, la Société possède, à l'extérieur, tous ces droits qui sont attribués généralement, dans le trafic interétatique, aux communautés souveraines, même sans que le Pacte de la S. D. N. en fasse mention expresse » (3). Cette supposition n'est point justifiée. Le fait que la S. D. N. est un sujet du droit des gens ne la fait pas assimiler aux « communautés souveraines », et la

(1) Art. 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16 et 17. En conséquence de toutes ces dispositions, la médiation apparaît sur une base très solide, s'appuyant sur des garanties (Art. 10 et Art. 12, 1^{er} alinéa) et sur de sanctions efficaces.

(2) Art. 8 et 19.

(3) *Op. cit.*, p. 115 et suiv.

prétention, que les compétences extérieures de la Société devraient être mesurées d'après celles des Etats, manque de base. Bien au contraire, entre la capacité internationale de la S. D. N. et d'un Etat existe une différence fondamentale : l'Etat — personne souveraine — est présumé avoir une compétence illimitée ; les restrictions à ses droits ne résultent que d'une preuve contraire. La S. D. N. — personne dérivée — a, en principe, une capacité bornée à son acte fondamental — le Pacte ; une extension de ses compétences ne peut être admise que soit par la voie coutumière, servant comme démonstration de la conception sous-entendue des membres, soit par la voie d'interprétation authentique du Pacte, soit, enfin, par conséquence logique de ses dispositions. En indiquant ainsi la possibilité juridique d'une extension très radicale des compétences de la Société, nous ne pouvons, pour le présent, souscrire au catalogue des droits, tel qu'il est précisé par Schücking-Wehberg. Nous croyons, avec eux, que la Société possède le *ius legationum* (1), le *ius foederum ac tractatum* (2), ainsi que l'*imperium* territorial (3), mais contestons-lui le *ius belli ac pacis* (4).

(1) *Eod. loco*. Le droit passif est déjà exercé depuis longtemps ; et puisque le droit des gens ne connaît nulle part une discrimination entre le droit actif et passif de légation, il faut présumer que la S. D. N. possède la compétence d'envoyer des représentants diplomatiques aussi bien que celle de les recevoir.

(2) *Eod. loco*. Strupp, *Eléments*, p. 290, lui conteste ce droit. Nous croyons cependant que la capacité d'intervenir des accords avec d'autres personnes est la conséquence élémentaire et inévitable de la capacité juridique, et que l'attribution à la Société de la personnalité internationale, quelle qu'elle ne soit restreinte, implique la compétence de passer d'accords internationaux. Or, un *tractatus* constitue le plus souvent un *foedus*.

(3) *Eod. loco*, p. 119. Cf. aussi Redslob, *op. cit.*, p. 128 et suiv. Une Confédération, bien qu'étant un ordre dérivé, peut exercer un *imperium* effectif sur un territoire quelconque. Il n'y a rien de nouveau dans cette compétence. Les Dominions britanniques l'exercent aussi en qualité d'ordres dérivés. Seulement il faut se garder de mélanger cet *imperium* conditionné avec la *souveraineté* territoriale. Un corps qui n'est pas maître souverain de son propre ordre, ne peut être souverain d'un territoire quelconque. Ainsi la S. D. N. s'acquitte, par l'intermédiaire de sa commission de gouvernement, de l'administration du bassin de la Sarre, et apparaît comme protecteur de Dantzig (Traité de Versailles, Partie III, Sections IV et XI). Cependant la souveraineté sur ces ou autres territoires ne saurait être attribuée à la Société. Dans le cas prévu dans le § 35 a de l'annexe à la Section IV, la souveraineté du bassin de la Sarre serait investie collectivement dans les membres de la S. D. N. Ce serait une co-souveraineté.

(4) *Eod. loco*, p. 118 et suiv. Strupp, *eod. loco*, le soutient bien qu'assez timidement. Schücking-Wehberg en voit la preuve dans l'art. 11 du Pacte qui contient, selon lui, « l'autorisation de la S. D. N. pour déclarer la guerre ». Nous croyons qu'une telle interprétation du texte de l'article « celle-ci doit prendre les mesures propres à sauvegarder efficacement la paix des Nations » n'est pas trop sûre. Il pourrait apparaître, de prime abord, problématique, si la guerre est une sauve-

Il nous sera permis d'attirer l'attention, vers la fin de notre examen de la Société des Nations, sur l'exagération idéaliste de son rôle juridique. On en trouve la formule typique chez Fauchille. Parlant des sources du droit des gens qu'il définit « comme désignant les modes originaires de formation du droit » (1) il constate l'existence, à côté de la coutume et du traité d'une « troisième source... les résolutions du Conseil et de l'Assemblée de la S.D.N. » (2), et puis: « Les résolutions de la S. D. N. sont des actes juridiques créateurs d'obligations internationales » (3). Il est de toute évidence que les résolutions d'un corps juridique dérivé et de droit particulier ne peuvent aucunement avoir le caractère de sources, c'est-à-dire de « modes originaires » du droit international général. Fauchille se base sur trois points : l'absence de ratification des résolutions de la S. D. N., l'autorité juridique distincte de la Société et la possibilité de prendre une résolution à majorité des voix ce qui implique l'obligation non-voulue des Etats restés dans la minorité. Cependant, la ratification de toutes les résolutions de la Société est donnée d'avance par l'adhésion au Pacte ; l'autorité juridique distincte n'est que dérivée ; et le vote à majorité est une des éventualités impliquées dans la ratification générale du Pacte lui-même.

A côté de la S. D. N., dont le caractère de Confédération lui assigne des fonctions multiples, il existe une multitude d'autres organes communs des Etats pour la sphère internationale, érigés, eux aussi, en personnes du droit des gens et munis chacun de capacités déterminées d'ordre plus spécial — les Unions. Il y a lieu de les distinguer d'abord, suivant leur fonc-

garde de la paix ? Dans ces circonstances, il est utile de consulter la pratique de l'application de l'article 11 par la S. D. N. Schücking-Wehberg en donne un tableau très complet pour les années 1920-1924 (p. 469 et suiv.). Depuis, la Société avait maintes autres occasions d'appliquer cet article. Mais jamais les organes de la S. D. N. ne donnaient la moindre indication de vouloir l'interpréter de cette manière. La pratique s'est dirigée plutôt vers la méthode de médiation, de conciliation, de l'envoi de commissions d'enquête, etc. Dès lors, nous estimons que l'interprétation douteuse du terme des « mesures propres... » est une base insuffisante pour attribuer à la Société le *ius belli ac pacis*. Toutefois, puisqu'il s'agit ici d'une question d'interprétation, l'Assemblée, le Conseil ou la Cour Permanente pourrait parvenir à une conclusion différente, qui serait alors du droit positif.

(1) *Op. cit.*, p. 40.

(2) *Op. cit.*, p. 41.

(3) *Op. cit.*, p. 48.

tion essentielle, en Unions administratives et en Unions judiciaires (1).

Les Unions administratives peuvent avoir leurs compétences déterminées pour un territoire restreint ou pour le domaine total des Etats qui en font partie ; ces compétences peuvent s'étendre sur l'administration générale ou être bornées à un aspect administratif particulier. D'après ces critères nous pourrions établir les types d'une *Union Condominale*, établie pour le *Condominium* d'une zone spéciale — telle le *condominium de Tanger* (2) ; d'une *Union particulière régionale*, constituée pour l'administration ou la surveillance d'une matière administrative spéciale dans un territoire déterminé — telles les administrations fluviales internationales, l'administration internationale de la dette Ottomane, l'agence générale des réparations, etc. ; d'une *Union particulière embrassante*, avec la compétence d'administrer, conformément à ses actes constitutifs, une matière particulière sur le terrain total des Parties à l'Union — telle l'Union Postale Universelle, l'Organisation Internationale du Travail, l'Union pour la protection du droit des auteurs, etc. Dans toutes ces hypothèses il faut distinguer nettement l'Union proprement dite — la corrélation personnifiée des Etats et des Puissances territoriales dérivées — de la personnification de cette Union — l'organe de gestion commun.

(1) Strupp, *op. cit.*, p. 166, mentionne aussi, parmi les organes internationaux, les organes de législation (congrès et conférences internationaux, comme ceux de La Haye, de l'Union panaméricaine et de la S. D. N.). Cependant il faut noter que les congrès internationaux n'ont pas une personnalité distincte.

En ce qui concerne l'Union panaméricaine, Strupp en précise la condition juridique lui-même (*eod. loco*, p. 285 et suiv.), à savoir qu'elle n'a pas encore acquis la personnalité internationale.

(2) L'administration internationale du bassin de la Sarre présente sans doute un *condominium*. La personne internationale est, dans l'espèce, la Commission de gouvernement. Le fait qu'elle est personne dérivée du second degré (étant dérivée de la S. D. N. qui est elle-même une institution dérivée) n'a aucune importance. Le *condominium*, ou, plus exactement le *coimperium*, est l'exercice en commun du pouvoir de commandement, et l'attribution de la souveraineté à la même personne, n'est pas du tout une nécessité inévitable. Dans le cas de Tanger le *condominium* est exercé par la France, la Grande-Bretagne, l'Espagne et l'Italie par l'intermédiaire d'une personne internationale distincte — l'Administration Internationale ; la souveraineté, cependant, appartient au Maroc. Dans le cas du bassin de la Sarre la souveraineté appartient à l'Allemagne, le *condominium* à la Confédération appelée Société des Nations (*v. Redslob, eod. loco*) ; la personnification du *condominium* est la Commission de gouvernement.

Il n'y a pas d'*Union condominale embrassante* — ce serait déjà une *Confédération* selon la définition donnée ci-dessus.

Enfin le dernier type d'institutions internationales rentrant dans le cadre des institutions dérivées communes est celui des tribunaux internationaux. Leur caractère diffère en détails, évoluant peu-à-peu des tribunaux casuels, créés par les Parties *ad hoc* par un compromis d'arbitrage, à une permanence plus assurée se basant sur des clauses compromissaires ajoutées aux Traités ou même, dans les dernières dizaines d'années, sur des conventions bilatérales ou collectives d'arbitrage. Des tribunaux créés, le plus important est la Cour Permanente de Justice Internationale, dont l'autorité est, dans une certaine mesure, reconnue par les 56 membres de la Société des Nations et dont l'influence semble même excéder ce cercle immense de communautés politiques. Ainsi, la Turquie, sans être membre de la S. D. N., a soumis son différend avec la France, concernant l'affaire du *Lotus*, à la juridiction de la Cour permanente. Les Etats-Unis d'Amérique semblent aussi vouloir la joindre, tout en maintenant certaines réserves particulières. Malgré cette prédominance de la Cour Permanente, il n'y a aucune gradation dans la structure des tribunaux internationaux. Ils apparaissent tous munis de la même autorité, notamment de celle déléguée à eux par les Parties en cause, pour trancher le différend qui leur fut soumis. Il n'existe donc, pour le présent, aucune juridiction d'appel dans le droit international. Les tribunaux arbitraux mixtes, les tribunaux arbitraux issus de conventions particulières, la Cour Internationale d'arbitrage et la Cour Permanente de Justice Internationale ont, dans les limites de leurs compétences respectives, le même degré d'autorité.

Une question qui soulève au cours des dernières années un intérêt général, est celle de la substitution graduelle de l'arbitrage obligatoire à l'arbitrage purement facultatif. Comme solution de principe, cette évolution serait de la plus haute importance, puisqu'elle impliquerait que le règne de la loi est dans la sphère internationale une maxime impérieuse au lieu de n'être qu'un expédient politique appliqué par les

Etats lorsqu'ils ne sont pas satisfaits du résultat des pourparlers diplomatiques et ne veulent pas couvrir les risques d'une guerre. Cependant, du point de vue strictement juridique, la différence est moins radicale : elle se réduit à celle entre le *droit* d'un Etat à recourir à l'arbitrage et entre son *obligation* y relative. Or, tant que le tribunal ne peut être saisi du litige que par l'action directe des Parties en cause, chacune d'elles a la faculté de se soustraire à la juridiction internationale, en gardant une attitude passive vers le tribunal. Par là, elle commettra sans doute un délit, celui de n'avoir pas accompli les obligations assumées, mais on sait déjà ce qu'est un délit en droit international. Même si l'opinion publique du monde entier était unanime pour le condamner (ce qui se passe bien rarement), il ne sera qualifié délit par le droit positif que si l'auteur du délit l'admet. Or, cela dépend, en dernier lieu, de la relation des forces existant entre la Partie délinquante et entre la Partie lésée. L'arbitrage se trouve, cependant, à la merci de la bonne volonté des Parties et redevient en fait facultatif. Le passé le plus proche nous a fourni un exemple de ce que même une juridiction obligatoire par excellence — celle d'un Tribunal Arbitral Mixte, ne l'est qu'autant que les Parties en cause s'y conforment. Dans le différend résultant de la sentence du T. A. M. Hungaro-Roumain du 10 Janvier 1927, la Roumanie s'est soustraite à l'arbitrage prévu par un acte de souveraineté. Cet acte de souveraineté n'a pas été révoqué ; aucune instance internationale ne l'a qualifié de délit punissable : précédent vraiment regrettable, c'est néanmoins un précédent du droit des gens.

En ce qui concerne l'étendue des compétences rattachées aux tribunaux internationaux pris comme personnes de droit international, elle est strictement déterminée par les actes constitutifs de ces organes. Ces actes, soit de traités, soit de règlements autonomes fondés sur les traités, établissent les capacités aussi bien pour la fonction essentielle — la juridiction proprement dite, que pour les nécessités accessoires — l'immunité diplomatique des juges, etc. Les sentences des tribunaux sont susceptibles de fournir une interprétation sur

les points douteux (1), tout en tenant compte de la faculté des Etats et des dominions d'établir, avec validité pour leur droit interne, un principe divergent.

★
★

§ 14. — Les Individus

La question de la condition internationale de l'individu trouve souvent deux solutions différentes, chacune conforme à une conception dogmatique. D'un côté, on rencontre l'affirmation, identique au fond, bien qu'exprimée avec de multiples variantes, que le droit international est par définition, ou du moins en pratique, un droit interétatique pur et que dès lors l'individu ne peut être considéré comme une personne de ce droit sur un pied d'égalité avec les grands corps de la société humaine — les Etats (2). D'autres, cependant, partent du postulat que tout droit est en fin de compte destiné à régler la conduite humaine, la conduite de tels ou tels hommes en particulier, et que toute abstraction juridique, toute création artificielle de « personnes collectives » se résoud, en dernier ressort, dans la seule vivante de l'individu. Dès lors l'individu apparaîtra comme le vrai destinataire de tout système juridique, dont le droit international (3).

La première conception est pleinement justifiée en tant qu'elle a en vue les autorités créatrices du droit international. Nous avons déjà constaté que la faculté créatrice en droit international moderne est réservée aux Etats qui se reconnaissent mutuellement. Ce sont seulement eux qui peuvent édicter, ou au nom desquels peuvent être édictées des règles de ce droit à une valeur positive. L'individu, en tant qu'il est compris dans les cadres d'un de ces Etats, a une sphère de compétence strictement dérivée, déterminée et limitée par les dispo-

(1) Cf. A. de Lapradelle, *L'excès de pouvoir de l'arbitre*, *Revue de droit international*, 1928.

(2) Ainsi Liszt-Fleischmann, *op. cit.*, p. 85 ; Oppenheim, *International Law*, 3^e éd., 1920, p. 17 et suiv., p. 459.

(3) Ainsi Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, 2^e éd., vol. I, 1921, p. 319 et suiv. ; Krabbe, *Die moderne Staatsidee*, 1919, notamment p. 63.

sitions de son corps souverain. C'est pourquoi nous pouvons affirmer *a priori* que les individus, tout comme les corps collectifs dérivés (§ 13), ne sont pas créateurs du droit international dans le sens normatif, c'est-à-dire que ce n'est pas leur volonté qui serait la source du droit en vigueur.

De même, les individus qui ne sont pas liés par une nationalité reconnue en droit international positif et pourraient être considérés, par conséquent, comme personnes non-dérivées, ne peuvent pas prétendre non plus à une condition plus importante. De tels individus peuvent être classés en deux catégories : les uns sont les *apatrides* modernes, les individus domiciliés dans le territoire des Etats de la « communauté du droit des gens », mais ne jouissant pas d'une nationalité fixée ; les raisons en peuvent être purement d'ordre législatif — les diversités entre les lois de nationalité des pays différents, qui n'assurent pas une nationalité à tout individu domicilié dans le « monde civilisé », la femme mariée, la veuve et les descendants des personnes qui quittent les pays du *ius soli* pour ceux du *ius sanguinis* en sont les victimes les plus fréquentes ; une autre catégorie du même genre est celle des *apatrides* victimes des perturbations politiques. Les plus importants et nombreux d'entre eux sont les émigrés d'un Etat qui a subi une Révolution. Les Etats tiers n'ont pas à cet égard une règle générale qui les guiderait dans la matière, mais ils peuvent reconnaître la non-soumission personnelle de l'émigré à l'Etat qui, par la Révolution, succède à l'Etat légitime d'origine. Et une telle attitude est en fait souvent adoptée par eux par des raisons humanitaires. En ce qui concerne tous ces *apatrides*, il faut reconnaître que bien qu'ils ne soient pas compris dans les cadres d'un Etat reconnu *statu personae*, ils le sont toujours *statu loci*. L'*imperium* territorial de l'Etat du séjour (1), d'habitude se limitant pour éviter une friction avec l'*imperium* personnel de l'Etat d'origine, s'étend en ce qui concerne les *apatrides* au point de les couvrir complètement. Ainsi la condition juridique des *apatrides* est aussi dérivée que celle des nationaux.

(1) — ou du domicile — c'est un point sur lequel les conceptions étatiques varient.

Quant aux individus domiciliés dans un territoire non soumis à *l'imperium* d'un des Etats de la « communauté du droit des gens », ces Etats, — et donc le droit international issu d'eux — ne les reconnaissent aucunement comme créateurs d'un droit à quelque vigueur, pas plus que cette qualité n'est attribuée par notre système de droit international aux tribus indigènes indépendantes. (V. ci-dessus, § 12).

Il est superflu de soulever la question des individus domiciliés dans les colonies et autres dépendances, auxquels les Etats en question refusent le titre et certains privilèges de la « nationalité », tout en insistant sur leur subordination personnelle au système étatique. Cette subordination, bien que toute spéciale et exceptionnelle, suffit cependant pour constituer juridiquement un lien personnel entre l'individu et l'Etat superposé.

L'autre point de vue, lui aussi, a sa justification dans la sphère correspondante. Il est vrai que c'est l'individu qui est en dernier ressort le destinataire de toute règle. Dans ce sens, toute branche de droit se sera trouvée adressée à des individus. Le droit civil, le droit constitutionnel et le droit international y seront tous identiques. Cependant il faut se bien garder de répéter dans une mesure encore plus large la grave faute de certains civilistes qui déclaraient toute construction collective — toute personne morale — une fiction. Le droit présuppose une humanité dans un état social, c'est-à-dire quelque peu organisée, et ce serait un primitivisme excessif que de vouloir ignorer les corps collectifs rendus par là nécessaires. Par conséquent, lorsqu'on voit que la règle de droit s'adresse en dernier ressort à un individu certain, il faut rechercher, si la règle en question s'adresse à lui en sa qualité d'individu pur et simple, ou bien si elle n'est destinée à lui qu'en tant qu'il représente une collectivité. Dans cette dernière hypothèse la règle attribue souvent les droits et obligations qu'elle formule au corps collectif lui-même, sans attacher à l'homme agissant au nom de ce corps une fonction juridique distincte. On dit dans ce cas qu'aucune capacité juridique n'est donnée, en la matière, à l'homme, et que le corps collectif est le seul

« destinataire », le seul « sujet », la seule « personne », envisagée par le droit.

Les fonctionnaires auxquels les règles du droit international s'adressent — le Chef de l'Etat, le ministre des Affaires Etrangères, les membres du service diplomatique et consulaire, comme, plus rarement, ceux de la force armée de l'Etat ou des corps judiciaire et administratif, sont, en règle générale présumés ne pas constituer une personne juridique distincte, correspondante à leurs fonctions spécifiques. Leurs actes de fonction sont directement attribués à l'Etat, ils sont jugés actes étatiques. Leur compétence ne se cristallise pas au point de devenir personnalité. Cela signifie que la responsabilité pour la transgression d'une règle du droit international incombe, faute de dispositions spéciales, à l'Etat, seule *personne* représentée. Cette responsabilité peut être également invoquée dans les deux hypothèses possibles — celle d'une faute commise par le fonctionnaire dans les limites de sa compétence (1) et celle de la faute commise par lui en dehors de sa compétence, car c'est à l'Etat que la règle dont s'agit a été adressée et c'est à l'Etat qu'incombe le devoir d'assurer sa réalisation. La conformité de la conduite du fonctionnaire à sa compétence et à ses instructions sert à le couvrir devant un forum étatique, mais elle ne fait aucune différence dans l'obligation internationale encourue par l'Etat.

Les mêmes considérations s'appliquent aux fonctionnaires représentant les institutions internationales autres que les Etats. Ils sont de simples agents de ces institutions qui n'acquièrent aucune personnalité internationale distincte ; ils n'ont par conséquent aucune capacité juridique internationale.

(1) Cela revient à dire que l'Etat se met en contradiction avec lui-même par la diversité matérielle de deux dispositions juridiques sur le même point. Un tel conflit est très fréquent même dans le domaine purement interne. Théoriquement ce conflit ne présente pas une difficulté trop grande. Nous possédons plusieurs critères pour le résoudre, dont les plus importants sont ceux de la *lex superior*, de la *lex posterior* et de la *subordination hiérarchique*. Bien entendu, une tierce partie, dans notre cas l'Etat étranger, ayant acquis un droit ou un intérêt légal quelconque par une des règles en conflit, ne sera point satisfaite par l'ajustement du conflit du point de vue du droit étatique de son partenaire ; elle défendra plutôt ses propres intérêts, en s'appuyant en cela sur la règle corrélatrice explicite, ou sur la compétence-implicative d'une telle défense de ses intérêts, contenue dans son propre système étatique de droit.

Il est peut être utile d'indiquer que, en ce qui concerne les fonctionnaires individuels dont les fonctions se développent au point de constituer une personnalité juridique distincte, ils apparaissent formellement comme cas extrêmes des institutions internationales dérivées, dans le sens du § 13. Les exemples d'une telle catégorie sont : le vice-roi des Indes et les Hauts Commissaires des pays sous mandat. Il est hors de doute que les fonctionnaires mentionnés possèdent une personnalité civile et publique correspondante à leurs fonctions. Il fait partie de leurs fonctions d'assumer droits et devoirs internationaux. Donc ils possèdent, partiellement, une capacité internationale, qui est, d'ailleurs, assez considérable.

Nous voudrions ajouter à ces exemples un autre : celui des capitaines de la marine marchande. Ils peuvent être qualifiés comme individus à capacité internationale déterminée. Ils sont destinataires de nombreuses règles de droit international coutumier et conventionnel. Nous les classons parmi les « fonctionnaires à personnalité internationale » malgré qu'ils ne soient pas fonctionnaires de leurs Etats respectifs dans le sens habituel de ce terme d'après les droits étatiques : leur condition est strictement déterminée et réglée par les autorités étatiques ; ils sont soumis à un contrôle hiérarchique permanent et efficace.

Puisque les personnes citées possèdent une capacité internationale distincte, puisqu'ils sont destinataires directs et formels des règles du droit international, ils sont aussi responsables des fautes contre le droit international commises par eux, ils ont la *capacité délictuelle*.

Il importe de mentionner une autre manière de voir, qui a été parfois appliquée par quelques auteurs, surtout par certains auteurs allemands. On met même en question la force juridique de la règle de droit international par rapport aux fonctionnaires et organes étatiques autres que le Chef d'Etat et le service diplomatique. (1) Cette conception, impliquant que les règles du droit international ne sont obligatoires qu'envers quelques organes déterminés de l'Etat, tandis que

(1) Cf. Zorri, *Grundzüge des Völkerrechts* ; et Laband, *Staatsrecht des deutschen Reiches*, 5^e éd., vol. II.

les autres organes et les particuliers ne sont pas invités à se conformer à ces règles, est d'une absurdité extraordinaire. Une règle adressée à l'Etat est, d'évidence, nécessairement adressée à toute personne sous l'*imperium* étatique qui pourrait être saisi de la matière réglée. Sans doute, des conflits entre telle règle et telle autre, liant la liberté d'action du fonctionnaire ou de l'individu, peut surgir, et la personne qui en est saisie pourrait se trouver dans la nécessité d'appliquer une règle contraire à celle du droit international. Mais une telle occurrence doit être considérée comme résultat des lacunes techniques du système de droit étatique, comme « malentendu » juridique. L'hypothèse, envisagée ci-dessus, de la faute de service en matière internationale en est un exemple. La théorie du droit doit travailler à aider la pratique juridique à dégager les principes d'une solution légale d'un tel malentendu. Il est, par contre, tout à fait ridicule de couvrir ces lacunes techniques du manteau d'une justification théorique. Cette conception a été réfutée de manière excellente par Kelsen (1). Après la guerre, avec l'insertion du fameux Art.4 dans la nouvelle Constitution du Reich, on a cessé de prétendre que « le droit international n'est pas obligatoire à l'intérieur des Etats ». Il faut cependant accentuer l'incompatibilité absolue de ce point de vue avec notre conception du droit international — branche externe du droit étatique. Au fond cette question n'est qu'un autre reflet du terrible malentendu qui consiste dans l'opposition du droit international au droit étatique.

En ce qui concerne les individus pris comme particuliers, leur place au dedans ou en dehors du droit international est tout simplement déterminée par la présence ou par l'absence de règles internationales à eux adressées. Il n'est pas permis d'ignorer que certaines catégories des particuliers sont les destinataires directs de telles règles. Le pirate, les marchands d'esclaves, de narcotiques et d'armes possèdent sans doute la capacité internationale — d'ailleurs non pas enviable — la capacité délictuelle. Mais cette capacité négative implique

(1) V. Das Problem der Souveränität, p. 128 et suiv., p. 161 et suiv.

aussi une capacité positive correspondante : la personne suspecte d'actes de piraterie, le marchand suspect du trafic illécite a le droit à une certaine procédure prévue par le droit international. Pour les années d'après-guerre il faut ajouter à cette énumération les particuliers apparaissant comme parties devant les Tribunaux Arbitraux Mixtes (1). Mais en outre, plusieurs règles « générales » du droit international s'adressent aux particuliers, notamment celles concernant l'immunité des représentants d'un Etat étranger (2).

Tout ce qui précède nous prouve que le particulier est susceptible d'acquérir la responsabilité du droit international, tout comme celle du droit public interne ou celle du droit privé. L'extension des capacités concrètes impliquées dans cette personnalité est une question laissée aux dispositions du droit positif.

Plusieurs auteurs préfèrent parler des particuliers comme des « objets » du droit international, par opposition aux Etats qui en sont les « sujets ». Ce qui se cache sous cette terminologie est évidemment la différence entre le « créateur » et le « destinataire » du droit. Nous croyons qu'il vaut mieux dégager clairement ce problème et employer, dès lors, les catégories développées ci-dessus (§ 11).

Quant à « l'objet », ce terme est généralement employé dans le langage juridique pour désigner la chose dont le droit dispose, en lui déniaut toute volonté propre. Il est d'autant plus dangereux de vouloir décrire la condition des particuliers dans le droit international comme celle des objets de ce droit, que, dans nombre de circonstances le particulier y apparaît en fait comme « objet » (3). Toutefois nous avons vu que le droit international positif lui assigne en même temps la position d'un « sujet de droits et de devoirs ».

(1) L'affirmation fréquente du principe que les vraies parties devant ces Tribunaux sont les Etats, ne nous doit pas désorienter, puisqu'aux individus concernés est assurée en droit une condition juridique déterminée.

(2) Les règles prescrivant le respect de l'immunité diplomatique s'adressent à tout individu. A défaut d'une loi interne expresse à cet égard, il faut tenir l'individu pour lié directement par la coutume internationale.

(3) Notamment dans le cas de la cession du territoire, sauf la faculté d'option. Si cette faculté est donnée, l'individu l'exerce même en se conformant à la transmission de la souveraineté, parce qu'il y a chez lui un acte de volonté. Il sera donc, pour ce propos, *sujet* du droit international.

Vu : Le Président,
A. DE LAPRADELLE.

Vu : Le Doyen,
H. BERTHÉLÉMY;
Vu ET PERMIS D'IMPRIMER :
Le Recteur de l'Académie de Paris :
S. CHARLÉTY.

TABLE DES MATIÈRES

§ 1. INTRODUCTION	9
-----------------------------	---

CHAPITRE I^{er}. — La Méthode

§ 2. Causalité et normativité	25
§ 3. Le Droit comme discipline normative	33
§ 4. Le Droit positif	43
§ 5. Le Droit international.	50

CHAPITRE II. — La Source

§ 6. La Source juridique	59
§ 7. Les Principes généraux	65
§ 8. La Coutume.	85
§ 9. Les Traités	94
§ 10. La Volonté étatique	108

CHAPITRE III. — Les Sujets

§ 11. La Personnalité internationale	121
§ 12. Les Etats	126
§ 13. Les Institutions internationales.	138
§ 14. Les Individus	162

Imprimerie Rapide du Centre, Issoudun (Tél. 32)
